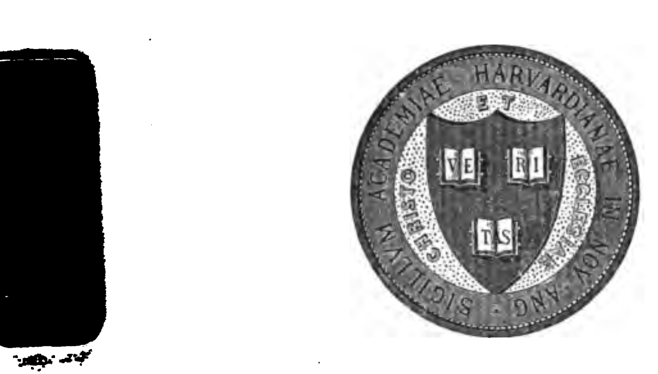
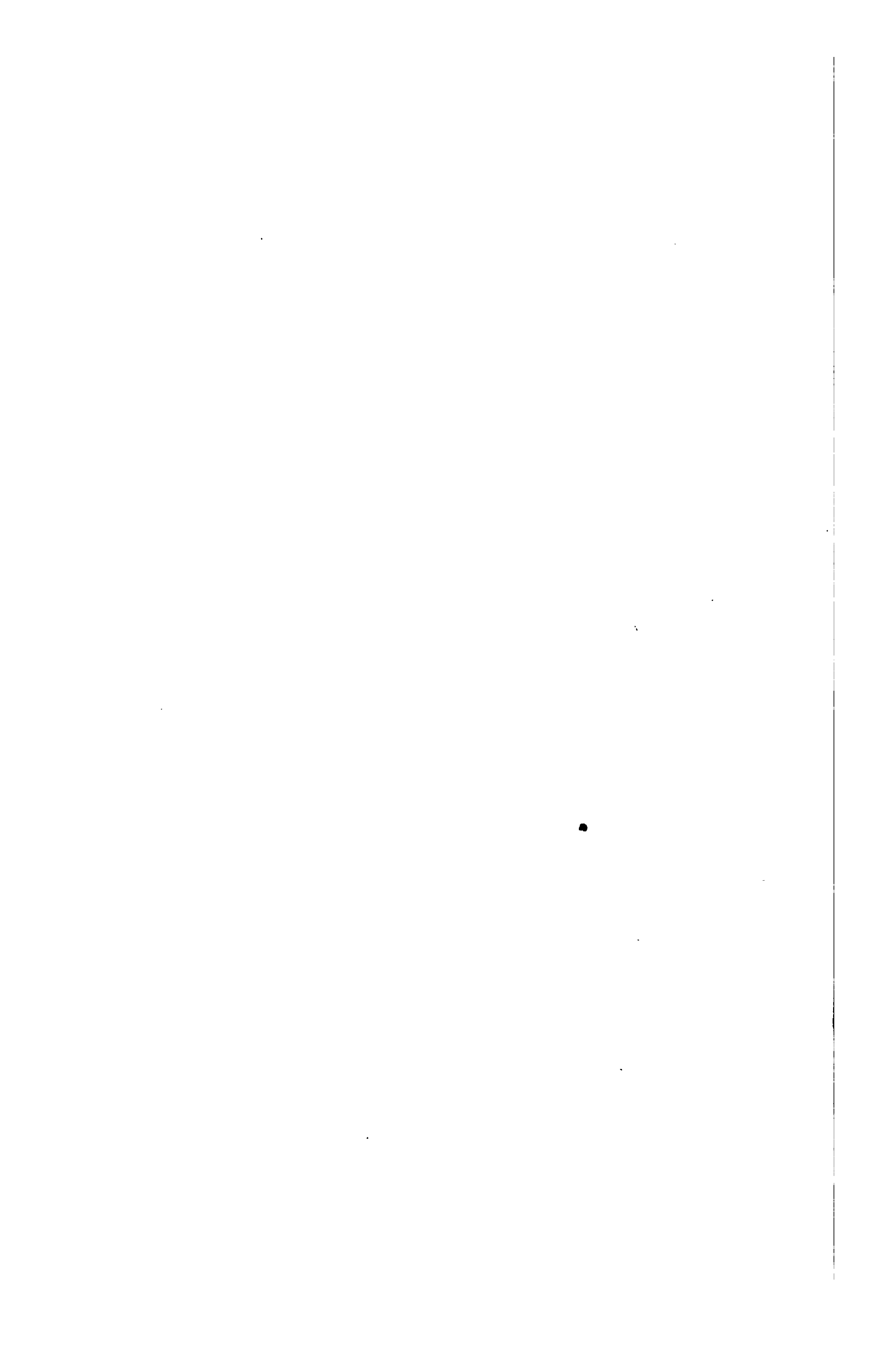

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 925 225


HD


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE

Austria



Die

Entstehungsgründe der Obligationen,

insbesondere der Vertrag,

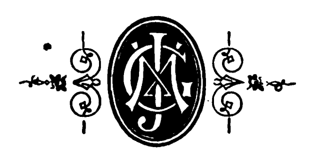
mit Rücksicht auf

Siegel's „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund"

besprochen von

Dr. Franz Hofmann,

a. o. Professor an der Wiener Hochschule.



Wien.

Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung.

1874.

Vorwort.

Wir nennen manche Gedanken fruchtbar, und es ist Wahrheit in dem Bilde. Denn während einige Gedanken ihr Ziel erreicht haben, wenn sie aufgenommen und angenommen sind, haben andere die Kraft, in den Aufnehmenden neue Gedanken zu erwecken. Und so ist es der Segen jedes tiefgedachten Buches, daß man aus ihm mehr lernen kann, als in ihm steht.

Diese Erfahrung wiederholte sich mir bei dem auf dem Titelblatte genannten Buche. Als ich daran gieng, es anzuzeigen, und den Dank für mannigfache Belehrung teilweise damit abzutragen, daß ich die Ergebnisse jener Arbeit mit dem von Anderen Ersonnenen in Verbindung zu bringen suchte, wurde ich fast unvermerkt zu einer selbständigen Untersuchung der Grundlagen des Obligationenrechtes gedrängt. Und nachdem so diese civilistische und rechtsphilosophische Studie dem Umfange und Inhalte nach die Grenzen einer Kritik weit überschritten hat, wage ich ihre selbständige Veröffentlichung, ohne sie ganz ihrer ursprünglichen Bestimmung zu entfremden. Der besondere Teil der Siegel'schen Schrift hat von berufenster

Seite (Unger in Grünhut's Ztschft. I. Bd. Nr. XII.) bereits eine belehrende Besprechung erfahren; und dies war mit ein Grund, weswegen sich diese Arbeit mehr mit den allgemeinen Ergebnissen jener beschäftigt. Ihre Bestimmung ist: eine neue Erkenntniß verbreiten zu helfen; aber auch: zu warnen vor ihrer Uebertreibung auf Kosten des Ueberlieferten. Denn Niemandem ziemt es weniger als dem Rechtsgelehrten, leicht aufzugeben irgend ein Ergebniß langer Culturarbeit.

Wien, im Frühjahre 1874.

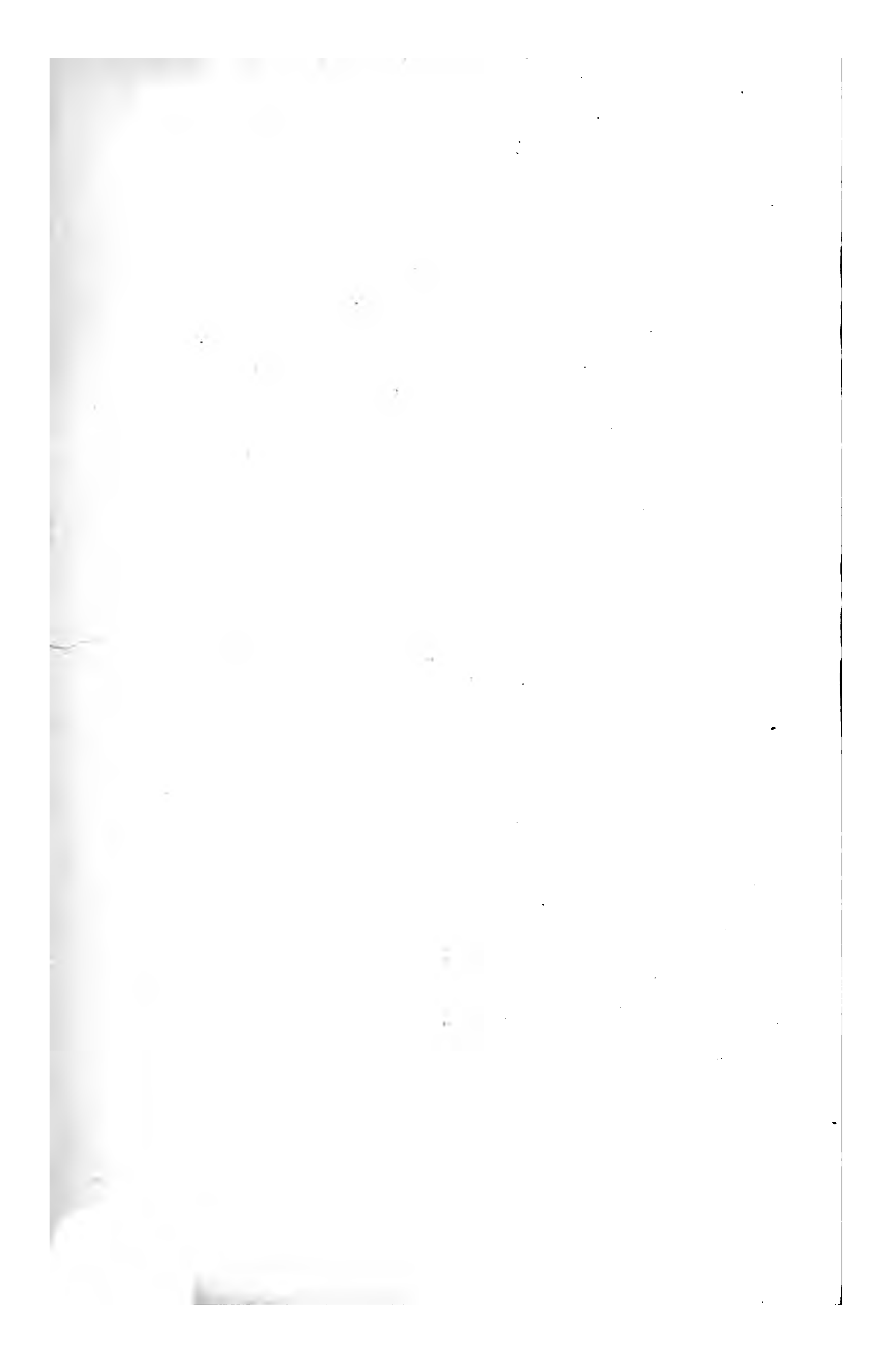
F. H.

I.

Ueber und zu

Siegel's

„Das Versprechen als Verpflichtungsgrund."



§. 1.

Siegel's Buch.

Wenn es wahr ist, daß die größten Wahrheiten die einfachsten sind, und die besten Bücher diejenigen, bei denen die Leser meinen: das hätten sie halb und halb selbst gewußt, nur sich nicht gesagt; dann spricht auch dieses Kriterium dafür, daß **Siegel** mit seiner Monographie „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht" (Berlin 1873) etwas Vorzügliches geleistet habe. Sie weckte — nicht Widerspruch (wie das Neue meistens)*) — sondern lauten Wiederhall. Ja! Mancher scheint schon heute sich und Anderen einreden zu wollen, das habe er wol auch schon früher gewußt, so daß der Verfasser mit dem Dichter denken mag:

„Ist Dir ein Witz zur rechten Stunde gekommen,
So antwortet Jeder, den du nie gefragt hast:
Du hast mir das Wort aus dem Munde genommen,
Oft hab' ich gedacht, was du mir gesagt hast!" —

Spricht nun schon die erste Vermutung für das Buch, so wird diese durchaus bestätigt, wenn wir uns mit demselben genauer bekannt machen. Gediegener Inhalt und seltene Formvollendung zeichnen

---

*) Seit dies geschrieben wurde (Winter 187$^3/_4$, Frühjahr 1874) erschienen viele Besprechungen, worin gegen Einzelheiten Widerspruch erhoben wurde; dann eine durchweg abfällige Kritik von **Gareis** in d. Ztschft. f. die deutsche Gesetzgebung, VIII. S. 180—186. **Gareis** meint, S.'s Buch sei schlecht, **ich** meine, es sei gut; und jeder Leser wird sich wieder **seine** Meinung bilden. Schließlich wirft die schwankende Woge doch auch manches positive Resultat an's Land.

es aus. Obwol nicht populär, sondern streng wissenschaftlich geschrieben, macht es den Eindruck eines kleinen Kunstwerkes, eines Essay. Dabei ist die Darstellung von einer Knappheit, daß ein Recensent, sachlich gewiß sehr richtig, bemerkte, die einzelnen Paragraphe hätten sich bei minderer Bescheidenheit zu ebenso vielen Monographien aufschwellen lassen. Nur möchte ich darin nicht Bescheidenheit, sondern berechtigtes Selbstbewußtsein des Autors erblicken, der im besten Sinne vornehm schreibt, „als wären Worte teuer". Ein Pfund Gold braucht nur den neunzehnten Teil des Raumes, den ein Pfund Wasser füllt. Da nun auch die Verlagshandlung (F. Vahlen) die 160 Klein-Octav-Seiten recht elegant ausstatten ließ, so vereinigt sich alles zu dem Eindruck, daß man es nicht mit einem alltäglichen Produkte des Büchermarktes zu tun habe. —

Das Buch zerfällt in zwei Abschnitte: I. Die Grundlagen (1—52), II. Die einzelnen Versprechen (53—159).

Siegel hebt an (§. 1) mit der Bemerkung: Nachfrage und Angebot bilden die beiden möglichen Ausgangspunkte für die Entstehung von Verträgen. Der häufigste römische Vertrag, die stipulatio, setzte sich zusammen aus Nachfrage und Zusage [1]), der germanische Schuldvertrag aus Angebot und Annahme. [2]) Jener hat seinen Namen von der Willensthätigkeit des Gläubigers, dieser von dem Versprechen (gelub, geloof, gelovede ...) des Schuldners. [„Vertrag", ursprünglich = Ausgleichung, Vergleich, [3]) erhielt erst allmälig die

---

[1]) Vielleicht hängt hiemit auch die Wortstellung in „emtio venditio" zusammen. Vgl. mein Periculum beim Kaufe S. 187, Nr. 50. Andererseits darf aber nicht verschwiegen werden, daß in l. 39 D. II. 14 ein Satz des alten römischen R. angeführt wird („veteribus placuit"), wonach der venditor und locator als diejenigen erscheinen, die den Inhalt des Vertrages zu präcisiren haben. (Vgl. Windscheid, I. §. 84, N. 4).

[2]) Es ist bezeichnend, daß Kant nur an die letztere Möglichkeit denkt, obgleich er die ökonomische Seite der Vertrags-Entstehung von der juristischen scharf, ja zu scharf scheidet. Rechtslehre §. 19: „In jedem Vertrage sind zwei vorbereitende und zwei constituirende rechtliche Acte der Willkür; die beiden ersteren (die des Tractirens) sind das Angebot (oblatio) und die Billigung (approbatio) desselben; die beiden anderen (nämlich die des Abschließens) sind das Versprechen (promissum) und die Annehmung (acceptatio)."

[3]) Vertrag — sich vertragen; pacisci — pax. Vgl. Ihering, Geist des

jetzige allgemeine Bedeutung]. Und diese Verschiedenheit in den Namen entspricht prinzipiell verschiedenen Auffassungen des Vertrages, deren eine den Antheil des Promissars, deren andere den des Promittenten in den Vordergrund stellt.[4]) Diese germanische Auffassung zeigt sich auch in der naturrechtlichen Doctrin, „allerdings unter Beimischung des verwerflichen Zusatzes von einer durch das Versprechen stattfindenden Rechtsübertragung" (vergl. österr. a. b. Gb. §. 861 vb. „sein Recht übertragen"), dann in der unbewußten Umdeutung des römischen Rechtes. (§. 2) Das Wort „Annahme" erklärt sich aus den solennen Handlungen, welche das Versprechen nach altem Rechtsbrauch begleiteten (S. 8); das Wort überdauerte diesen Brauch, und jene naturrechtliche Doctrin legte der Annahme die Bedeutung der Uebernahme eines Rechtes bei (vgl. a. b. Gb. §. 864). So unrichtig als diese Deutung erscheint dem Verfasser die andere, welche in der Annahme die Willensäußerung des Promissars erblickt, daß er auf die versprochene Leistung berechtigt sein wolle. Dieser Negation aber, die sich auf die Verträge zu Gunsten Dritter beruft, stellt Referent die Behauptung entgegen, daß in obiger Auffassung etwas richtiges enthalten sei, wie sich später ergeben wird. — Der zweiseitige Vertrag enthält ein wechselseitiges Versprechen mit wechselseitiger Annahme. Siegel wendet sich nun der Betrachtung der Vertragsformen zu, und macht die scharfsinnige und wichtige Bemerkung, „daß es außer den formellen und formlosen Verträgen noch eine dritte Gruppe gibt: die Verträge mit formbedürftigem Versprechen und formfreier Annahme." (S. 17). Nachdem der Verfasser gezeigt, wie leicht es die Doctrin seit dem Mittelalter mit dem Erforderniß der Annahme genommen, und wie sie in Ermangelung einer solchen mit „Annahmen von Annahmen" sich beholfen hat; ferner, wie die Gesetzgebung bei der Acceptation seltener eine besondere Form verlange, als beim Versprechen (bei zweiseitigen Verträgen tut sie es nur darum, weil in jeder der beiden Erklärungen neben der Annahme auch ein Versprechen liegt:

R. R. I. Bd. §. 11[a] Nr. 45; §. 15 (S. 209 2. Ausg.); Müller, Institutionen S. 398.

[4]) Unger a. a. O., S. 359. A. 1 macht hier auch noch auf die expensilatio aufmerksam.

S. 12), bemerkt er (S. 19), daß auch hierin sich die untergeordnete Bedeutung der Annahme gegenüber dem Versprechen zeige. Es ist aber nicht zu übersehen, daß die ungleiche Behandlung der beiden Acte in formeller Beziehung sich schon daraus erklärt, daß die Solennität eine Uebereilung des Promittenten, nicht des Promissars erschweren soll, und daß — nachdem eben die Initiative von ersterem ausgeht — in dem Versprechen der Inhalt des Vertrages präcisirt ist,[5]) während zur Annahme ein kurzes: „einverstanden" genügt, wie umgekehrt im römischen Recht auf eine, vielleicht recht lange, Frage ein kurzes „dabo", „spondeo" genügte, um die Stipulation zu perficiren. Wir können also jene Bemerkung nur als eine Bestätigung und Umschreibung des Eingangs Gesagten gelten lassen, nicht aber, soweit sie gegen die Wichtigkeit der Annahme überhaupt gerichtet ist. — Im §. 3 wird der Unterschied zwischen „sein Wort halten" und „sein Wort einlösen" (erfüllen), dann zwischen der Verpflichtung, ein Versprechen zu erfüllen und der anderen, ein Versprechen zu halten erklärt und diese Unterscheidung in den deutschen Rechtsquellen nachgewiesen.[6]) Die letztgenannte Verpflichtung hat negativen Inhalt („nicht zurückzunehmen das gegebene, nicht zu widerrufen das gesprochene, nicht zu brechen das gestabte Wort", S. 21); ein Zuwiderhandeln ist rechtlich bedeutungslos. Darum aber kann (was Siegel zu übersehen scheint) dieser Zustand der Gebundenheit mit der aus obligatorischen Verträgen regelmäßig resultirenden Gebundenheit, selbst mit der obligatio ad omittendum nicht ohne weiteres auf eine Linie gestellt werden. Denn gerade darin liegt das Charakteristische des obligatorischen Vertrages, daß er gebrochen werden kann,[7])

---

[5]) Die Anwendung auf zweiseitige Verträge ergiebt sich von selbst. Siegel S. 12.

[6]) Sie unterscheiden „halden" und lesten" („geben"). Das Gegenteil von „halden" ist „vorsaken", von seinem Worte lassen (später entwickelte sich die Bedeutung: abläugnen, abschwören). Das Wort ist auf Sache, nicht auf sagen zurückzuführen, und entspricht dem englischen to forsake, deserere, derelinquere (z. B. one's colours, seine Fahne verlassen, desertiren); vgl. das dänische at forsage von etwas lassen, es verlassen (während „versagen" at forsige heißt).

[7]) Dies gilt auch dort, wo die Realexecution die Regel ist, wenn gleich

während beim sachenrechtlichen, familienrechtlichen, erbrechtlichen Vertrag ein eigentlicher Contractbruch unmöglich ist. Die Gebundenheit an's Wort, mit welcher Siegel mit Recht auch den Erbvertrag in Verbindung bringt (S. 159, N. 29), ist eine stärkere, als bei der eigentlichen obligatio. Denn während diese ein Zuwiderhandeln verbietet, macht jene es unmöglich; also ein so enges vinculum iuris, daß es jede freie Bewegung hindert. Dort ein Gebot (also Verpflichtung), hier eine Gebundenheit (also Unfreiheit).[8]) Eine solche Verpflichtung kann auch mit Rücksicht auf unbestimmte Personen begründet sein (S. 22), während der Verpflichtung, ein Wort zu erfüllen, notwendig eine bestimmte Person als Berechtigter gegenübersteht (S. 44). Da nun beide Verpflichtungen regelmäßig zusammentreffen (S. 43) und da jedenfalls die erstere Verpflichtung nicht um ihrer selbst, sondern um der letzteren willen besteht, die sie ermöglichen, vorbereiten, sichern will (S. 45), so wird ihre Verschiedenheit meist übersehen. Doch mit Unrecht. Denn es kann Jemand verpflichtet sein, ein gegebenes Wort zu halten, ohne daß gleichzeitig eine Verpflichtung, dasselbe zu erfüllen, besteht (Wechselaccept vor der Aushändigung), oder vielleicht je entsteht (Offerte unter Abwesenden, Auslobung ....). Endlich kann „gleichzeitig oder successive ein Anderer derjenige sein, dem das Versprechen gehalten, ein Anderer derjenige, dem das Versprechen erfüllt werden muß" (S. 44).

§. 2.

Brinz'ens „Haftung."

Siegel unterscheidet also Schuldverbindlichkeit und Gebundenheit an's Wort und macht davon fruchtbare Anwendungen. Ich glaube, daß damit eine einfache und große Wahrheit entdeckt ist, entdeckt in dem Sinne, in welchem überhaupt die Reflexion entdecken kann, indem sie nämlich latentes in patentes Wissen verwandelt. Und

---

durch diese in manchen concreten Fällen jener Satz sehr große praktische Modificationen erfahren kann.

[8]) Auf einem ähnlichen Gedankengang beruht wol auch Behrend's Bemerkung in seiner Ztschft. f. d. deutsche Gesetzgebg. VIII. S. 189, N. **).

es trifft sich eigentümlich, daß gleichzeitig eine verwandte Entdeckung von romanistischer Seite veröffentlicht wurde. Brinz hat schon in seinem Lehrbuch (S. 374 ff.) darauf hingewiesen, daß man nicht jede obligatio im passiven Sinne eine „Schuld," nicht jede obligatio im activen Sinne eine „Forderung" nennen könne. Wir sind dem Meister, bei dem wir bestellt haben, sofort obligirt, aber nicht sofort seine Schuldner. Die „Schulden" (aes alienum, debitum . . .) sind ein Minus in unserem Vermögen, was sich nicht von jeder Verbindlichkeit oder Haftung sagen läßt. Brinz hat nun neuerdings [9]) diesen Gedanken zu vertiefen und nach allen Richtungen auszuführen gesucht. Aus der Fülle seiner Gedanken wollen wir nur einige herausheben: Jede Schuld ist eine Haftung, aber nicht jede Haftung schon eine Schuld. Die bloße Haftung (Haftung im engern Sinn) ist also zu unterscheiden von der Schuld. Die Verpflichtung, commodirte, deponirte, zu Pfand genommene Sachen künftig zurückzugeben, wird Niemand unter den „Passiven" in einem Vermögens-Verzeichniß aufzählen. Sobald das Müssen (dare facere oportere) ein entschiedenes ist, sprechen wir von Schuld, so lange es noch unentschieden ist, von bloßer Haftung, derenwillen Niemand interpellirt, geklagt, geschweige denn verurteilt und exequirt werden kann. Es giebt Endigungsarten, die den Schulden, andere die den bloßen Haftungen eigentümlich sind (einerseits: Zahlung, Compensation, Erlaß . . ., andererseits: Tod, Kündigung, mutuus dissensus . . .) [10]) Auch bei der bloßen Haftung „haftet" unser Vermögen, doch nur als Sicherungsmittel, als Deckung; bei der Schuld dagegen als Befriedigungsmittel, als Executionsobject. Die sogenannten contractus bilaterales in-

---

[9]) In einem Aufsatze „Der Begriff obligatio" in der Grünhut'schen Ztschft. I. Bd. S. 11 ff. Der Aufsatz beschäftigt sich mit dem Verhältniß der obligatio zu der Person und dem Vermögen des Schuldners, mit der lebhaft betonten Verwandtschaft und historischen Zusammengehörigkeit von obligatio und Pfandrecht, die beide unter den weiteren Begriff von obligatio (=Haftung) fallen. Darauf haben wir hier nicht einzugehen; uns interessirt nur der Schluß, S. 33 ff.

[10]) Wo Andere (z B. Arndts §§. 294, 313, 319) sagen: mit der Auflösung des Mandats-, Miets-, Societäts-Verhältnisses sind nicht die aus demselben bisher entstandenen Rechtsansprüche aufgehoben, — sagt Brinz: es endigen da die Haftungen, nicht die Schulden.

aequales sind, in Hinsicht der Haftung, zweiseitige Verträge, denn der Deponent haftet wie der Depositar, der Mandant, wie der Mandatar u. s. w. Ist ein Contract, Quasicontract einseitig obligirend, wie Darlehen, Vermächtniß, grundlose Bereicherung, dann ist die Obligation vornherein Schuld. Es giebt ferner Schulden, die in natürlicher Weise aus den Haftungen herauswachsen (z. B. die des Verkäufers nach erfolgter Eviction), während andere als künstlich gemachte sich bezeichnen lassen (die aus Literal- und Verbalcontracten).

Indem im Uebrigen auf die Ausführung bei Brinz selbst verwiesen wird, seien hier nur noch folgende Bemerkungen hierüber gestattet:

I. Die Darstellung im Aufsatz stimmt nicht genau zu der im Lehrbuch. Während nach diesem (S. 375) aus dem Depositum erst dann eine Schuld entspringt, wenn wegen Verlust oder Beschädigung der Sache der Depositar verpflichtet ist, etwas aus seinem Vermögen zu leisten, geht nach der neueren Darstellung (S. 38) die Haftung des Depositars in eine Schuld über, sobald er die Sache dem sie zurückverlangenden Deponenten verweigert, vorenthält. Der Satz: „aus bloßer Haftung ohne Schuld giebt es keine Klage" (S. 25) paßt zu der neueren, nicht auch zu der älteren Begränzung der Schulden.

II. Die Darstellung von Brinz leidet m. E. an einer Vermengung zweier Unterscheidungen. Brinz handelt von dem Unterschied zwischen Haften und Leisten-müssen; dabei schwebt ihm aber störend der andere (ich vermute: ältere) Gedanke vor: daß sich die Obligationen sehr verschieden zu dem Vermögen des Schuldners verhalten können. Anders die Verflichtung zu einem facere, da die noch nicht getane Arbeit in gar keinem Vermögen sich befindet; anders die Restitutionspflicht in Bezug auf eine fremde, nicht einmal in des Schuldners Besitz übergegangene Sache; anders die Darlehnsschuld, wieder anders die Pflicht zur Auszahlung eines Vermächtnisses u. s. w. Dies sind aber zunächst nur wirtschaftliche Unterschiede, welche nur trübend in die Darlegung jener juristischen Unterscheidung einfließen.

III. Die Unterscheidung von Schuld und Gebundenheit an's Wort (Siegel), und von Schuld und Haftung im engern Sinne (Brinz) decken sich großenteils, aber nicht vollständig. Denn die

Haftung kann auch auf andere Art, als durch ein Versprechen begründet werden, z. B. durch neg. gestio, durch den Besitz einer fremden Sache u. s. w. Auch haben diese Zustände, diese zwei Arten von Obligirtsein verschiedenen Inhalt. An sein Wort gebunden sein, nicht zurücktreten, nicht widerrufen dürfen ist etwas anderes, als für allen Nachteil haften, der aus einer Handlung entspringen könnte, oder für jeden Schaden, der einer Sache zustößt u. dgl. Beispiele: einerseits der Offerent, der z. B. nach österreichischem Rechte (§. 862) mehrere Tage an sein Wort gebunden sein kann; andererseits der Finder, der negotia gerirend, die Sache zu sich genommen hat. Die Verwandtschaft zwischen jener Gebundenheit und dieser Haftung aber zeigt sich wieder darin, daß beide Obligationszustände sind, die zunächst noch kein Leisten-müssen in sich schließen. Aus beiden kann, muß aber nicht eine Schuld hervorwachsen. [11]) Man könnte sagen: die Gebundenheit an's Wort ist eine Unterart der Haftung, doch wäre dies nicht ganz genau. Allerdings ist jener Begriff enger als dieser, er ist aber auch etwas anders tingirt. Wenn ich z. B. mir einen Rock bestelle und drei Tage später, nachdem der Schneider schon Auslagen und Mühe gehabt hat, ihm meine Sinnesänderung anzeige, so werde ich dadurch nicht frei. Der Schneider wird verlangen, daß ich ihm den Rock abnehme und bezahle, wird meine Aufforderung, nicht weiter zu arbeiten, mit der Bemerkung ablehnen: „abgeschloßne Händel gelten" (dann tritt meine Gebundenheit an's Wort in den Vordergrund); oder er wird zwar die Arbeit einstellen, aber Schadensersatz verlangen [12]) (dann kommt meine Haftung zum Vorschein).

Das genügt wol zur Erklärung der Behauptung, daß die Siegel'sche und die Brinz'sche Unterscheidung zwar verwandt, aber doch nicht gleich sind.

---

[11]) Vgl. Siegel S. 44 (Mitte), 57, Z. 6 fg., 86 (Mitte), 96 (a. E.) mit Brinz S. 34: „Ob aus der Haftung Schulden erwachsen, ... ist noch ungewiß."

[12]) Ob ihm das Gesetz das eine oder das andere oder eines von beiden nach einer Wahl gestatten soll, ist eine nicht hier zu erörternde Frage.

§. 3.
Verwandte Meinungen.

Bei dem Mißtrauen, das dem Unerhörten (oft mit Unrecht, oft mit Recht) begegnet, kann es nur erfreulich sein, wenn man für einen neuen Gedanken mehrere Gewährsmänner anführen kann. Aus diesem Grunde — nicht um das Verdienst der hier besprochenen Arbeit zu schmälern — werden hier Aeußerungen anderer Schriftsteller zusammengestellt, die in dem einen oder anderen wesentlichen Punkte mit den oben dargelegten Behauptungen übereinkommen. Zu alt ist die Menschheit, zu groß der Kreis der Denkenden, als daß irgend eine Reflexion noch zum ersten Male gemacht werden könnte. Aber so unsparsam ist die Geschichte, daß jede Wahrheit mehrmals entdeckt, überhört oder wieder vergessen worden sein muß, bevor das Sonntagskind erscheint, das ihr zu allgemeiner Anerkennung verhilft.

Was vorerst den charakteristischen Unterschied des römischen und germanischen Verkehrsrechtes betrifft, so hat man zwar nie verkannt, daß der Schwerpunkt desselben in dem Versprechen liegt; doch bezeichnete man den Unterschied unrichtig so: nach germanischem Rechte sei jeder Vertrag, zulässigen Inhalt vorausgesetzt, klagbar, nach römischem gehöre in der Regel eine solenne Form zur Klagbarkeit. Und wie in unseren Tagen von C. A. Schmidt,[13]) so ist auch schon von vielen Naturrechtslehrern das germanische Recht deshalb als das sittlichere gepriesen worden.

Der zuletzt genannte Schriftsteller hat aber neben den Gegensatz von Formlosigkeit und Formalismus einen anderen gestellt: „Der

---

[13]) C. A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte S. 251 fg. Nicht zugänglich ist mir folgende Schrift: G. Sincerus (J. G. Sparmann) de simplicitate iuris naturae in materia contractuum a Germanis servata, als praefatio zu Ciesii Manuale exceptionum forensium (Greifswald 1742). Doch dürfte der Inhalt wahrscheinlich auf den Schmidt'schen Satz (S. 251) hinauslaufen: „Das germanische Vertragsrecht ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen. Was ein Mensch versprochen hat, das muß er erfüllen."

Rechtsgrund der Obligation ist (im germanischen Rechte) das **Versprechen** des Promittenten" (S. 251), im römischen Rechte dagegen, in welchem „jedes Recht des Einzelnen aus seinem Willen und seiner Kraft, diesen Willen zu realisiren, entspringt" (S. 253), „bildet der Wille und die Stärke des Fordernden den Obligationsgrund" (S. 255); das römische Obligationenrecht geht aus von dem „in der natürlichen Freiheit des Menschen begründeten Recht, Andere seinem Willen dienstbar zu machen" (S. 254); welches Recht „im Staate die wesentliche Beschränkung erleidet, daß Niemand dem Anderen mit Gewalt und wider seinen Willen dergl. Verpflichtungen auflegen darf" (S. 255). Die römische obligatio kommt also zu Stande durch den in einer Handlung sich bekundenden Willen des Creditors, einen Andern zu obligiren und durch ein Dulden dieser Handlung von Seiten des zu Obligirenden (S. 256).

An **Schmidt** schloß sich sogleich **Beseler** an,[14]) so daß er sich wol schon früher mit ähnlichen Gedanken selbst getragen haben dürfte.[15])

Es ist aber eine schiefe Auffassung, welche den Gläubigerwillen als die Quelle dieser Rechtsverhältnisse, den Willen, **sein** Recht zu erweitern, als productiv ansieht. Daß der Gläubiger sich den Willen des Schuldners unterwirft, ist eine Phrase ohne Wahrheit. — Wahr ist nur so viel, daß bei der stipulatio die „Initiative", die Anregung formell vom Gläubiger ausgeht.[16])

Verwandt, aber tiefer gedacht ist die Vorstellung **Kuntze's**.[17]) Er unterscheidet drei Kulturstufen: auf der ersten überwiegt der Erwerber

---

[14]) System II. Bd. S. 284 (dieser Band erschien 1853, wie das Schmidt'sche Buch).

[15]) Uebrigens citirt er selbst das Schmidt'sche Buch, und zwar schon in jener ersten Aufl. (l. c. N. 4 a. E.).

[16]) Vielleicht hängt dies damit zusammen, daß in der römischen Auffassung (namentlich im Familienrecht) mehr das **Recht**, in der germanischen mehr die **Pflicht** in den Vordergrund tritt. Andererseits jedoch ist nicht zu vergessen, daß die Namen „obligatio" wie „servitus" der passiven Seite der Rechtsverhältnisse entnommen sind.

[17]) Lehre v. d. Inhaberpapieren (Lpzg. 1857) §. 80.

Wille: occupatio, Initiative des Erwerbers bei der mancipatio, in iure cessio, stipulatio; auf der zweiten wirken zwei Willen paritätisch zusammen, das Wesen des Vertrages vollendend; auf der dritten tritt der einseitige Rechtsact in den Vordergrund, wobei der Wille des Disponenten (bez. Schuldners) überwiegt. Nicht als ob nicht auch hier zwei Willen wären (Creation des Papiers und Nehmung desselben von Seite eines Andern, verglichen dem Testiract und der Antretung der Erbschaft); — aber „der Lebensgrund des Actes liegt in dem alleinigen Willen des Disponenten, der des Vertrages dagegen in dem Zusammenwirken des beiderseitigen Willens; dort liegt die Zeugungsmacht in dem einen, hier in dem wechselseitigen Willen". [18]) Der Wille des Disponenten erscheint hier mit ungewöhnlicher Macht ausgestattet, „in dem Lichte einer autonomischen Souveränetät." [19]) Wiederholt bezeichnet Kuntze den Schuldner „als eigentlichen Schöpfer, Stifter, Urheber des beabsichtigten Rechtsverhältnisses"; [20]) und so stellt er noch mehr, als Siegel, alles auf den Willen des Schuldners, wie schon der Name „Creationsact" zeigt. Er verwischt — und das ist der Cardinalfehler dieser Ansicht — den innigen Zusammenhang der einseitigen Versprechen mit den Verträgen, und rückt die hier in Frage stehenden Verhältnisse durch die Zusammenstellung mit dem einseitigen Rechtsact von Todeswegen in eine schiefe Beleuchtung. [21]) Die Testirfreiheit ist allerdings ein Ausfluß des Eigentums (im weitesten Sinne), und da das Eigentum der Souveränetät verglichen werden kann, so darf auch das Testament einem Gesetze verglichen werden. Doch ist das eben nur ein Vergleich; zu behaupten, „die Gränzlinie zwischen lex privata und lex publica sei hier fast unmerklich fein", [22]) heißt übertreiben. Gar nicht aber läßt sich dies vom Versprechen sagen. Der Rechtsgrund der letztwilligen Verfügung liegt in der Machtfülle des Eigentümers, der Rechtsgrund des einseitigen Versprechens ist dort zu suchen, wo der des obligatorischen Vertrages

---

[18]) Lehre v. d. Inhaberpapieren, S. 344, 346, 355.

[19]) Ebd. S. 316.

[20]) Deutsches Wechselrecht (1862) S. 47.

[21]) Ebd. und Inhaberpap. S. 351, 358.

[22]) Inhaberpap. S. 346.

(worüber später). Jene Zusammenstellung ist demnach ebenso unzutreffend, als es der Versuch wäre, die Veräußerung und den obligatorischen Vertrag aus Einem Gedanken heraus zu begreifen.

Diese Anlehnung des Creationsactes an den Rechtsact mortis causa erklärt zwei scheinbar widerspruchsvolle Erscheinungen, nämlich: daß Kuntze einerseits den Schuldnerwillen noch schöpferischer, andererseits aber den Vorgang weniger einseitig darstellt, als Siegel; denn er fordert (zwar nicht zur Existenz, aber zur Wirksamkeit des Rechtsactes) noch einen zweiten Willen, eine Erwerbshandlung, die aber so getrennt vom Creactionsact gedacht wird, wie die Erbantretung vom Testiren.[23]) Diesen letzteren Unterschied zwischen Kuntze's und seiner eigenen Theorie hebt Siegel mißbilligend hervor (S. 127). Den ersteren Unterschied dagegen übersieht er, ja er glaubt, daß Kuntze's Darstellung das einseitige Versprechen dem Vertrage näher bringe, als seine eigene (S. 126 fg.). Doch dies ist nur Schein. In Wahrheit läßt Kuntze's Darstellung die Verwandtschaft dieser zwei Obligationsgründe weniger erkennen, als die Siegel's. —

Dagegen gehört nicht hierher der Aufsatz von H. Witte: „die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht,"[24]) was darum bemerkt wird, weil man bei flüchtiger Durchsicht desselben das Gegenteil glauben möchte. Denn wenn hier wiederholt gesagt wird, der Kläger brauche nur einfach auf das gegebene Versprechen hinzuweisen (S. 469), „durch die Feststellung des Versprechens sei ohne weiters die Klage gerechtfertigt" (S. 471), und sich Witte auf die Sprüchwörter: ‚ein Mann, ein Wort; — das Wort muß stehen — Zusage macht Schuld — was du nicht halten willst, sollst du nicht versprechen' beruft (S. 458 fg.); so will er damit doch nicht

---

[23]) Dies erinnert an jene früher hie und da vorgekommene Auffassung, welche das Versprechen als titulus, die Annahme als modus acquirendi (Erwerbsart) der Obligation bezeichnete. — Vgl. die gleichzeitigen Andeutungen Ihering's über Inhaberpapiere in d. Jahrb. I (1857), S. 49, N. 20. — In verschiedener Art werden Erbschaftserwerb und Vertragschluß auch verglichen von Bekker Jahrb. f. gem. d. R. II. 356 fg. u. 404 (Offerte = Delation des Vertrages), von Köppen Jahrb. f. Dogm. XI. 334 fg. (Delation der Forderung), von Unger a. a. O., S. 364 a. E. (Delation des Antrages).

[24]) Ztschr. f. Rechtsgesch. VI. Bd. S. 458 fg.

die Annahme des Versprechens,[25]) sondern die Angabe der causa als entbehrlich darstellen,[26]) m. a. W. dartun, daß nach altdeutschem Rechte auch der sogenannte abstracte Vertrag klagbar war.

Immerhin aber ist es bemerkenswert, daß in diesem Aufsatze, was auch sonst oft und namentlich in naturrechtlichen Schriften unzählige Mal geschieht, statt „Vertrag" „Versprechen" gesagt wird.[27])

Was ferner Siegel's Lehre von der Gebundenheit an's Wort betrifft, so hat er hierin einen Vorgänger an F. Chr. Fdr. Meister.[28]) Obgleich dieser, der hierin Achenwall seinen Lehrer nennt, ganz in der Auffassung des Vertrages als einer Rechtsübertragung befangen ist (§§. 272, 275 fg.), hat er doch tiefere Blicke in das Verkehrsleben getan, als die anderen auf diesem Boden stehenden Philosophen. Gegen die Kantische Einwendung, daß die beiden Willenserklärungen empirisch nicht gleichzeitig sein können (§. 285), sagt er in §. 286 (S. 235 fg.), „daß der vollendete Rechtsübergang zwar erst mit der Acceptation substantiirt ist; daß aber demohngeachtet der Versprechende in der notwendigen Zwischenzeit zwischen dem Versprechen und der Acceptation gebunden sei und innerhalb derselben nicht pönitiren könne." Jedem Versprechen kann die ausdrückliche Erklärung beigefügt werden, bis zur Erklärung des Anderen gebunden sein zu wollen. Aber wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt ist, ist es stillschweigend erklärt, weil in der Natur des Versprechens enthalten. „Denn da dieses den wesentlichen Charakter in sich trägt, auf die Bestimmung einer Acceptation gerichtet zu sein, diese aber etwas zweckloses sein

---

[25]) Daß Witte in Wirklichkeit immer an einen Vertrag denkt, ersieht man aus S. 456, 457, 459.

[26]) S. 469, 483, 485.

[27]) Röder (a. später a. Orte S. 330) erzählt: Hugo habe im Naturrecht §. 335 (in der vor mir liegenden 2. Bearbeitung konnte ich diese Aeußerung nicht finden) vorgeschlagen, das Wort „Vertrag", das nur auf gegenseitige Versprechen passe [vgl. hier Nr. 3] völlig zu verbannen und immer nur von „Versprechen" zu reden. — Bekanntlich wollte Labeo den Ausdruck contractus ebenfalls auf gegenseitige Verträge (συναλλάγματα) einschränken, die Stipulation dagegen actus nennen (l. 19 D. de V. S.).

[28]) Lehrb. des Naturrechts (1808).

würde, wenn der Promittent unterdessen zurücktreten könnte, so würde ein Versprechen . . . vernunftwidrig . . . sein," wenn sich damit eine andere Absicht verbände (S. 238). S. 239: „Was den Versprecher im eigentlichen Grunde verbindet, ist nur sein eigenes Wollen. Die Acceptation eines Promissars ist kein positiver Beitrag zu dieser Verbindlichmachung, sondern bloß die Aufhebung . . . eines äußeren Hindernisses der Wirksamkeit des Versprechens." [29]) „Erfolgt die Acceptation gar nicht oder nicht rechtzeitig" (S. 239) d. h. „in derjenigen Frist, in welcher sie möglicher Weise nach Lage der Sache erfolgen könnte" (S. 238), so verliert das Versprechen seine Kraft. — W. T. Krug [30]) legt auch der Offerte eine bindende Kraft bei, ist aber gleichwol nicht den hier aufgeführten Schriftstellern anzureihen; denn er construirt jene in genau derselben künstlichen Weise, die ein halbes Jahrhundert später Regelsberger wiederholt hat. Krug unterscheidet: 1) die Offerte mit Angabe einer Frist, während deren man nicht zurücktreten werde. In solchem Falle sei mit dem Hauptantrag eine Nebenofferte über Nichtänderung des Willens verbunden, welche letztere „jeder Zeit als angenommen vorauszusetzen" sei, da sie lediglich zum Vorteil des Oblaten gereiche. 2) Die Offerte ohne solche Frist. Da es ebenso unbillig wäre, wenn der Offerent ins Unendliche, als wenn er gar nicht gebunden wäre, werde hier das positive Gesetz eine billige Frist feststellen; und wer unter der Herrschaft eines solchen Gesetzes offerire, nehme die gesetzliche Frist stillschweigend in seinen Willensinhalt auf.

Mit Siegel dagegen kommt überein der Romanist und Rechtsphilosoph F. A. Schilling, [31]) indem er lehrt: der Antrag erzeuge „nach dem natürlichen Rechte die Verbindlichkeit, von selbigem vor Ablauf der zu dessen Annahme bestimmten Zeit und überhaupt nicht eher zurückzutreten, als bis es dem anderen Teile möglich geworden

---

[29]) Damit verbindet Meister diese Vorstellung: der Promittent kann nur bewirken, daß das Recht aus seiner Sphäre herausgelange; daß es aber in die Sphäre des B hineingelange, kann nicht ohne den Willen des B erfolgen.

[30]) Im §. 55 A. 3 (S. 149 fg.) des in N. 174 cit. W.

[31]) Lehrb. d. Naturrechts. (1859) I. Abtlg. S. 180.

ist, sich über die Annahme zu erklären, und gleichwol keine Erklärung von seiner Seite erfolgt ist."

Indem sich Röder[32]) dort an Schmidt, hier an Meister anschließt, ist er in beiden Beziehungen unter den Vorgängern Siegel's zu nennen. Die leere Definition des Vertrages als eines angenommenen Versprechens tadelnd, bemerkt er, daß hierin der Einfluß „der deutschen Rechtsauffassung ersichtlich ist, nach welcher die causa oblig. so sehr nur in dem Versprechen des Schuldners zu suchen ist, daß .... nicht einmal die Annahme als wesentlich galt," während für die römische Anschauung die Forderung aus dem Willen des Gläubigers entspringe. „Der erwähnte Einfluß hat denn auch, wie so oft, ohne daß unsere Romanisten es merkten, in unserer heutigen Auffassung des römischen Rechtes sich geltend gemacht[33]) und unsere Gesetzgebung der Wahrheit näher gebracht, die in der Mitte liegt. .... Wie bedeutend rechtlich schon das bloße Versprechen ist, zeigt sich darin, daß es .... nicht beliebig zurückgenommen werden kann, sondern daß abgewartet werden muß, bis eine Entscheidung über die Annahme erfolgt ist." —

Daß die Vertragsnatur der Auslobung auch schon von Anderen geläugnet worden ist, die letztere gleichwol nicht für wirkungslos ansehen, wird unten ausgeführt werden.

§. 5.

Reuerecht und Perfection der Verträge.

Die Besprechung der Pflicht, im Worte zu bleiben, führt den Verfasser zu einer gelehrten Erörterung des deutschen Reuerechtes und Angeldes[34]) (§. 4). Freilich macht sie den Eindruck, als ob der Fortgang der Betrachtung durch sie unterbrochen würde; doch wird der Leser dafür durch den belehrenden Inhalt entschädigt; auch läßt

---

[32]) Grundzüge des Naturrechts (2. Aufl.) I. Bd. S. 379, 380.

[33]) Vgl. Siegel S. 5—7.

[34]) Vollständig verstanden freilich kann m. E. das Wesen der arrha, dieses Proteus unter den Rechtsgebilden, nur auf dem Wege der rechtsvergleichenden Forschung werden, die in diesem Falle mindestens griechisches, römisches, germanisches und skandinavisches R. umfassen müßte.

sich die Einfügung keinesfalls als willkürlich bezeichnen. Der Gedankenzusammenhang ist dieser. Das Reuerecht ist das Gegenteil jener Pflicht. So lange es Jemandem zusteht, ist er eben an sein Wort nicht gebunden; sobald es aufhört, beginnt die Gebundenheit. Es wird hier dargetan, daß nach deutschem Rechte zuweilen ein Versprechen zurückgenommen werden könne trotz seiner Annahme, und dies bildet das Gegenstück zu dem eigentlichen thema probandum: daß unter Umständen ein Versprechen auch ohne Annahme unwiderruflich ist (S. 52). Statt nun über diesen §. 4 zu referiren, wobei alle Anschaulichkeit und Lebendigkeit, die dort durch zahlreich mitgeteilte, sorgfältig ausgewählte und geordnete Quellenbelege erzielt ist, verloren gienge; sei es gestattet, einige Bemerkungen aus Eigenem hier zur Erwägung und Prüfung mitzuteilen.

Das Reuerecht scheint mir auf denselben Zug von Nachsicht und Milde zu deuten, der auch sonst deutsches Wesen vom römischen Rigorismus unterscheidet, und der z. B. in der Berechnung der Zahltage und Leistungsfristen hervortritt. Eigentlich soll man erst überlegen, dann seinen Entschluß fassen und äußern und damit gebunden sein. Dennoch wird Einem unter Umständen gestattet, auch darnach noch seinen Entschluß zu corrigiren. Ebenso wird dem Schuldner, der eigentlich schon geleistet haben sollte, noch ein Nottag zur Nachholung des Versäumten gewährt (acht Tage, quinze jours, Jahr und Tag! — Respecttage im früheren Wechselrecht).

Wenn nun dieses Moment bei der Ausgestaltung und Erhaltung des Reuerechtes mitwirken mochte, so dürfte doch sein Ursprung in einem Rechtszustande zu suchen sein, wo gewisse Geschäfte, z. B. der Kauf, noch nicht Consensualverträge waren. „Für die Regel bestand das Reuerecht nur so lange, als nicht das Haftgeld gegeben und genommen oder der Leitkauf gemeinsam getrunken war“ (S. 28). Mit andern Worten: der formlos geschlossene Kaufvertrag war juristisch nicht bindend, er wurde es erst durch Beobachtung einer solennen Form. Auch das jus poenitendi bei den römischen Innominatverträgen (so verschieden es von dem deutschen Reuerecht ist),[35])

---

[35]) Schon darin, daß es immer nur demjenigen zusteht, der seinerseits geleistet hat.

datirt aus einer Zeit, wo z. B. der Tausch noch nicht klagbar war.[36])

Eine lehrreiche Notiz über das ältere schwedische Recht möge hier ihre Stelle finden. Formlose Verabredung eines Kaufgeschäftes war nicht bindend. Beim Abschluß von Kaufgeschäften sowol über Mobilien als Immobilien wurden allerlei Solennitäten beobachtet. Die Perfection aber wurde bei Mobilien durch den Handschlag herbeigeführt, der überhaupt im Norden die häufigste Vertragschließungs-Form war.[37]) Stiernhöök[38]) erzählt in seiner schlichten anschaulichen Art: Handsala verbum est, vendere significans per mutuam manuum complexionem . . . .; postea usu loquentium Handzööl etiam pretium illud dici coepit, quod post complexum manuum . . . sive eius loco statim numerabatur: eo enim facto et fide utrinque data et accepta, a contractu recedere non licebat. Nur nach ius Westgothicum konnte man auch dann noch gegen eine Buße von drei Mark zurücktreten. Post traditionem tamen aut recognitionem non erat poenitentiae locus.[39])

Also: der Kauf wurde bindend entweder durch die Solennität des Handschlages oder durch Leistung von einer Seite. Und letztere ist auch noch im späteren Rechte wichtig. Stiernhöök erzählt nämlich: „Sed de hisce ceremoniis posterioribus seculis aliquid remissum est; ubi enim constitit de pleno utriusque partis consensu, praecipue vero numerato pretio, non admodum necessaria visa fuit manuum stipulatio, ut propter eius defectum contractus

---

[36]) Vgl. darüber v. d. Pfordten Abhdlg. S. 287 fg., Müller Instit. S. 371 fg. N. 12.

[37]) Vgl. Kolderup-Rosenvinge Grundriß der dän. R. G. §§. 23, 56, 108 a. E. Stemann Gesch. des öffentl. u. Privatr. des Herzogthums Schleswig, I. Bd. S. 130, 216.

[38]) De iure Sueonum et Gothorum (Holm. 1682) p 231, 232.

[39]) Unter einen anderen Gesichtspunkt fällt die dem Käufer eines Pferdes, Rindes u. dgl. gesetzlich gewährte Prüfungszeit (Fraestmarke), innerhalb deren „poenitentiae locus erat“. Stiernhöök bemerkt ganz richtig: dies beruhe auf demselben Verkehrsbedürfniß, dem das röm. R. durch das verwandte und doch verschiedene Mittel der a. redhibitoria genügte. Auch diese Klage ist ja zuerst beim Vieh- (und Sklaven-) Handel aufgekommen.

irritus redderetur . . ." — Immobilien konnten nur publice et in iudicio gültig verkauft werden. Von dem privatim geschlossenen Vertrag (Bänkekiöp d. h. Kauf auf der Bank, zu Hause) konnte man zurücktreten, von dem gerichtlich geschlossenen nicht.

So viel ist gewiß: die abgestandene Phrase von dem Formalismus des römischen und der Formlosigkeit des germanischen Vertragsrechtes sollte nicht wieder gedruckt werden.

Um so ungewisser aber, und um so schwerer zu bestimmen (namentlich auch wegen der Verschiedenheit der Rechtsverfolgung) ist das Verhältniß des germanischen zum römischen Formalismus. Es können darüber nur Vermutungen bestehen, so lange nicht einmal die Geschichte des letzteren (geschweige denn die des ersteren!) klargestellt ist. Vor allem müßte erst das große Problem gelöst sein, welche Bedeutung das römische Recht den nuda pacta zuerkannt hat? Es ist schon von Anderen herausgefühlt worden, daß diese Frage nicht zu beantworten ist, so lange man über das ius poenitendi nicht im Klaren ist, und umgekehrt. Im römischen wie im germanischen Recht wird man zu der Einsicht gelangen müssen, daß das Reuerecht der Punkt ist wo uns ein tiefer Blick in die Geschichte der Vertragsperfection gegönnt ist.

Drei Möglichkeiten scheinen allein logisch denkbar: 1) man läugnet das ius poenitendi oder beschränkt es als Anomalie auf wenige einzelne Fälle, 2) man läugnet die Wirksamkeit der nuda pacta oder 3) den Zusammenhang beider Probleme. Das erste tun Gans, Hasse, Erxleben u. A.[40]) Regelmäßig sei ja doch der Vorleistung eine Verabredung vorangegangen, und da pacta Einreden erzeugen, könne sich der Empfänger gegen die Rückforderung ex mera poenitentia durch Berufung auf das pactum schützen. Die zweite Ansicht zählt gegenwärtig viele und angesehene Anhänger.[41]) Den dritten Weg haben Savigny Oblig. R. I. S. 58 und

---

[40]) Gans „die fabelhafte (!) Lehre v. d. Innominatcontr. u. dem ius poenitendi. . ." u. A. s. Vangerow (7. Aufl.) III. S. 240; v. d. Pfordten S. 287 fg.

[41]) Außer den bei Vangerow S. 241 Genannten auch Ihering Geist d. Röm. R. I. §. 11. N. 45; Kuntze, II. S. 470 fg.

Vangerow, III. S. 241 eingeschlagen, indem sie behaupten: wer z. B. einen verabredeten Tausch zuerst erfüllt, gebe überhaupt nicht solvendi, sondern obligandi causa; von einer soluti retentio könne schon deshalb keine Rede sein.[42]) Alle drei Ansichten sind m. E. unrichtig. 1) Ganz unzulässig ist vor allen der dritte Ausweg, aus zwei Gründen: a) ist es nicht wahr, daß in der Vorleistung ein solutum gar nicht enthalten sei; ist ein pactum, z. B. verabredeter Tausch, voraufgegangen und erzeugt ein solches, wie ja Savigny und Vangerow selbst behaupten, eine obligatio naturalis, so stellt sich die Vorleistung einerseits als Begründung einer obligatio civilis, andererseits aber zugleich als einseitige Erfüllung des pactum dar, gerade wie die Vorleistung des Käufers oder Verkäufers als einseitige Erfüllung eines Consensualvertrages; ja dem Bewußtsein des Laien wird regelmäßig nur die letztere Funktion vorschweben, so daß er gewiß animo solvendi leistet. Und selbst vom wissenschaftlichen Standpunkt aus ist es nicht unrichtig, hier von einem gültigen, aber unklagbaren Vertrag zu reden, der erst in einer späteren Phase (durch solutio von der einen Seite) klagbar werde. Freilich kann von einer condictio indebiti gleichwol keine Rede sein, weil kein error vorliegt. b) Aber selbst zugegeben, daß hier von keinem solutum, und deshalb weder von einer condictio indebiti, noch deren Gegenteil (soluti retentio) die Rede sein könne; — so ist damit noch nicht erwiesen, was Savigny und Vangerow beweisen wollen. Wenn nuda pactio exceptionem parit, so ist es doch baare Willkür, der exceptio in unserem Falle nur die Kraft beizulegen, daß man sich mit ihr gegen die condictio indebiti verteidigen könne. Wer ex mera poenitentia zurückverlangt, dem kann die Einrede entgegengestellt werden: er handle gegen die Abrede, gegen das ihn naturaliter bindende pactum, indem er zurückverlange, ohne daß der Empfänger

---

[42]) Auch Schwanert, Naturaloblig. S. 130—132 läugnet den Zusammenhang, aber mit anderer Begründung: bei einem zweiseitigen pactum könne die Leistung von der einen Seite, so lange nicht die Gegenleistung erfolgt, noch nicht als solutio betrachtet werden. Dies ist eine Behauptung, die sich m. E. durch nichts rechtfertigen läßt, auch nicht nur durch das, was Schw. gegen die Analogie der zweiseit. pacta und der emtio venditio vorbringt.

mit der Gegenleistung säumig ist. Der Eine condicirt causa non secuta, der Andere excipirt: noch sei der, vertragsmäßig abzuwartende, Zeitpunkt nicht gekommen, in welchem sich entscheiden werde, an causa secuta sit nec ne.[43])

Also die beiden Probleme sind nicht zu trennen, und es ist ganz richtig, wenn man die Lehre von den Innominatcontracten „in der Lehre von den pactis als Schlußstein der ganzen Theorie von der Klagbarkeit der Verträge anreiht"[44]) (s. auch l. 7 §. 2 D. II. 14). Darnach scheint es, als ob notwendiger Weise eine der beiden anderen Ansichten die richtige sein müßte. Und doch widersprechen beide klaren Quellenzeugnissen.[45]) Wie aber mag man nur gegenüber einer tausendjährigen Entwicklung auf eine solche Frage ein Ja oder Nein erwarten! Gewiß konnte das Reuerecht nur bei einem Rechtszustande aufkommen, nach welchem dergleichen pacta ganz wirkungslos waren; hatte es sich aber einmal eingelebt, so konnte es denselben lange überdauern. „Erwägt man, daß die condictio weit älter ist, als die actio praescr. verb., daß die letztere nur ergänzen und Unbilligkeit beseitigen sollte, wo die bisher geltenden Rechtshülfen nicht aus-

---

[43]) Sobald aber der Andere in mora ist, siegt der Condicent. Die Berufung auf das pactum würde er mit einer Berufung auf dasselbe pactum (replicatio doli) zurückweisen (arg. l. 28 Cod. II. 4). Damit verschwindet der Schein, als ob es eine Gefahr hätte, daß das pactum wol eine exceptio, aber keine actio begründe; m. a. W. als ob der Empfänger mit einer exceptio sich im Besitze des Empfangenen behaupten könnte, ohne seinerseits zu einer Gegenleistung durch eine actio gezwungen werden zu können. Die zweite Hälfte dieses Gedankens ist richtig, die erste falsch.

[44]) V. d. Pfordten S. 285; doch ist die Behauptung dieses Gelehrten, daß die Innominatcontracte nicht unter die Realverträge zu stellen seien (S. 282 fg.), unhaltbar.

[45]) a. Gegen die Versuche: das Reuerecht wegzudeuteln oder auf dem Mandat ähnliche Verhältnisse einzuschränken, um es mit der Widerrufbarkeit des letzteren auf Eine Linie zu stellen: v. d. Pfordten, S. 269 fg. (§. 4—6); Vangerow, III. S. 211 fg., Bekker Aktionen I. S. 129 fg. — b. Gegen die Meinung, daß die pacta keine Obligation, auch keine naturale, erzeugen: Savigny Obl. R. I. §. 9; Vangerow S. 241 und die daselbst Angeführten; dann Schmidt von Ilmenau in den kritischen Jahrbüch. (Richter und Schneider) 1847, XXI. Bd. S. 26—30.

reichten, so ist es bei dem römischen Prinzipe des Festhaltens an den alten Grundlagen erklärlich, daß Niemand gezwungen werden sollte, sich der neuen Rechtshülfe zu bedienen, wenn er die altbegründete vorzog" (v. d. Pfordten S. 289). Freilich wurde damit der Vorleistende gewisser Maßen begünstigt.[46])

Auch bei den pacta hat das römische Recht die Anschauungen des ius gentium nur allmälig und nie völlig sich angeeignet. Eine geschichtliche Untersuchung des langen Weges, auf dem die pacta nach und nach eine gewisse Geltung erlangten, wäre ebenso verdienstlich, als schwierig; letzteres unter anderm auch aus dem Grunde, weil der Sprachgebrauch im Laufe der Zeit sich verändert hat[47]) und wir Sicheres über ihn nicht wissen.

Das Wort selbst nun deutet auf einen Sühnevertrag als älteste Bedeutung des pactum. Ob dieser formlos geschlossen wurde oder nicht, ist natürlich unerweislich. Sobald an die Stelle der Rache die Strafe tritt, liegt im pactum ein Straferlaß einerseits, das Versprechen einer Bußeleistung andererseits, also ein Vergleich.[48]) Nicht zufällig stehen die Titel de pactis (D. II. 14, Cod. II. 3) neben denen de transactonibus (D. II. 15, Cod. II. 4) (cf. Paul. rec. sent. I. 1). Angenommen nun, jenes älteste pactum sei ein formloser Vertrag gewesen, so setzte dieser „ein bereits bestehendes Rechtsverhältniß voraus, schloß ein Ablassen von einem der Strenge nach zuständigen Recht in sich".[49]) Und so sind denn auch in Anwendung auf Geschäftsobligationen die pacta remissoria stets die wichtigsten, die pacta im eminenten Sinne geblieben.[50])

---

[46]) Vgl. Müller Inst. S. 371 fg. N. 12.

[47]) Ebd. S. 306 N. 1.

[48]) Dies ist, wie schon oben (N. 3) bemerkt, auch die älteste Bedeutung von „Vertrag".

[49]) Ihering Geist d. R. R. I. §. 11 N. 45.

[50]) Kuntze, I. §. 634. — Dies zeigt Inhalt und Stellung des tit. D. II. 11. Daß aber hier nicht bloß an die auflösenden und remissor. Veredungen zu denken ist, zeigen außer den bekannten allgemeinen einleitenden Stellen die ll. 36, 38, 39, 43, 48, 50, 61 rc.; zu beachten ist auch das pactum de petendo in l. 27 §. 2 (Gai. IV. 126).

Eine andere Wurzel der rechtlichen Anerkennung von nuda pacta sind die Nebenberedungen bei Uebereignungen, namentlich das wichtige pactum fiduciae. Hier also eine Anlehnung an ein anderes Geschäft. Ihre Geltung ist dabei nicht sowol auf die formale Natur dieses letzteren (z. B. mancipatio) zurückzuführen, als vielmehr auf den materiellen Gehalt, die ökonomische Tatsache, die res.[51]) Darum änderte es nichts, als an die Stelle der feierlichen Uebereignung die traditio trat: l. 48 D. II. 14: „In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere, manifestissimum est“ (Gajus lib. III. ad Leg. XII. Tab.) (vgl. das legem dicere traditioni in l. 6. pr. D. VIII. 4, l. 15 §. 1 D. XL. 7 etc.). So sehen wir hier zum zweiten Male die Geschichte der pacta und die der Realverträge in engem Zusammenhange. Offenbar sind die drei Realverträge: commodatum, depositum, pignus jüngere, dem alten pactum fiduciae entsprechende Gebilde, die mit demselben unter den Rechtssatz: quisque legem dicere potest rei suae zu stellen sind (beachte das „nec paciscendo, nec legem dicendo“ in l. 73 §. 4 D. L. 17). Dieser Satz aber, ein Ausfluß des Eigentums, gehört schon dem ältesten römischen Rechte an und ist noch im heutigen Rechte wichtig und wissenschaftlicher Betrachtung wert.[52]) Nicht nur im Sachen-

[51]) Bekker Aktionen, I. S. 124 fg.

[52]) Hier nur die beiläufige Bemerkung, daß selbst bei der aus Liberalität erfolgenden Eigentums-Uebertragung die souveräne Willkür des Auctors, mit der er die ferneren Schicksale der Sache bestimmen kann, an der unerbittlichen Logik und Oekonomie der Rechtsbegriffe ihre Schranke findet. Die lex kann nur in conditio, dies, causa futura (insbes. modus) und in dem Vorbehalt eines Rechtes für sich oder einen Dritten im Falle der causa non secuta, conditio deficiens etc. bestehen. Kaserer meint (Comment. zur Conc. Ordg. S. 32), der Geber könnte bestimmen, daß des Empfängers Gläubiger sich an die geschenkten oder legirten Vermögensobjecte nicht halten, dieselben nicht in Execution ziehen dürften. So nackt hingestellt ist aber eine solche lex ganz wirkungslos. Freilich hat das preuß. Recht in einem Falle etwas ähnliches zugelassen (II. 2, §. 424), aber eben nur in einem ganz singulären Falle, wo die juristische Logik in bewußter Weise einer besonderen legislativen Intention zum Opfer gebracht ist. Am wenigsten sollte vom Standpunkt des österr. R. die Richtigkeit solcher Vorschriften in Zweifel gezogen werden (vgl. Unger Erbr. §. 84 A. 3). Gerade weil diese Ausschließung der Gläubiger unmöglich ist, hat man die ex-

und Obligationenrecht, auch im Dotal- und Erbrecht hat er sich productiv erwiesen, wie er denn ein Fundamentalsatz des Privatrechtes ist. — Bei diesen pacta ist also wie bei den Realverträgen die Willenseinigung nicht für sich, sondern nur im Anschlusse an die res (deren Bedeutung unten erörtert wird) bindend. Eine gewisse Unselbständigkeit ist für die pacta charakteristisch. Entweder beziehen sie sich auf bereits vorhandene Rechtsverhältnisse, oder sie lehnen sich an ein Hauptgeschäft oder an eine res an. Man betrachte nur die klagbaren pacta. Nicht nur die pacta adjecta, auch die übrigen setzen ein anderes Rechtsverhältniß voraus; so das compromissum und das receptum arbitrii (welche beide freilich nur mit Beschränkung unter die klagbaren pacta gestellt werden können) einen Rechtsstreit, das constitutum ein debitum proprium oder alienum; das receptum nautarum etc. lehnt sich einerseits an eine locatio

---

heredatio bona mente (§. 773) zugelassen, gerade deshalb aber auch nur zum Besten der Kinder. Doch auch vom Standpunkt des gemeinen Rechtes gilt dasselbe. „Das Verbot der Veräußerung des Hinterlassenen hat keine rechtliche Bedeutung, wenn es nicht in Verbindung gebracht ist mit einem Gebot der Herausgabe an eine dritte Person“ (Windscheid, III. S. 413 und I Bd. 3. Aufl. S. 492). Und vollends bei der unfreiwilligen (executiven) Veräußerung! Ebenso für das sächsische R. Siebenhaar Lehrb. S. 855. — Vor allem aber vgl. l. 114 §. 14. D. de leg. I. „eos, qui testamento vetant quid alienari, ... nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testare dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes eiüsmodi voluntatem significarent, eam servandam esse; sed haec neque creditoribus, neque fisco fraudi esse etc.“ Kann doch selbst ein gesetzliches Veräußerungsverbot die executive Veräußerung nicht hindern (l. 1 pr. D. 23, 5: „quia haec alienatio non est voluntaria,“ auf welche letztere deshalb auch l. 71 pr. D. 35, 1 einzuschränken ist), — wie viel weniger ein letztwilliges oder vertragsmäßiges! — Selbst eine Eintragung in's Buch könnte in diesem Punkte nichts ändern (arg. §. 1121 b. Gb.). Ueber das sog. benef. competentiae ex persona tertii s. Thibaut §. 662, der es auf den Fall eines eigenen Interesses (Alimentationspflicht) des Einsprache-Erhebenden restringirt, u. Vangerow, I. §. 174 a. E., sowie die daselbst Angeführten, die es überhaupt läugnen.

conductio an, und wurzelt andererseits in einer gewerblichen Pflicht.[53]) Man übersetzt sehr häufig nuda pactio mit formloser Vertrag. Allerdings nun bildet die nuda pactio einen Gegensatz zur stipulatio, aber auch zum Realvertrag und gerade an diesen letzteren Gegensatz denken die Römer bei obigem Ausdrucke: s. l. 7 §. 4 D. II. 14 quum nulla subest causa . . . nuda pactio" u. l. 7 §. 2 eod. „si subsit causa, ... hoc συνάλλαγμα etc."[54]) —

Was die unklagbaren pacta betrifft, so dürften die ersten, denen die Wirkung einer exceptio beigelegt wurde, die pacta de non petendo und die so nahe verwandten transactiones per pacta conventa (l. 2 D. II. 15)[55]) gewesen sein. Dann erzeugten in den Fällen, da wo die pacta ex continenti subsecuta Klagen begründen, die pacta ex intervallo subsecuta Einreden (l. 7 §. 5 D. II. 14), mochten sie ein Abgehen von einem Vertrage oder eine Aenderung desselben zum Inhalt haben (l. 7 §. 6 cit.). Auch das bei dieser Frage so oft und in verschiedenem Sinne besprochene formlose Zinsversprechen (l. 5 §. 2 D. 46, 3 und l. 3 Cod. IV. 32) ist unselbständig, da es ein Hauptgeschäft voraussetzt (vgl. Brinz krit. Bl. 3. H. S. 21). Man hat neuerdings betont, Exceptionen hätten mit Naturalobligationen an sich nichts zu tun (Kuntze, II.

---

[53]) Das formlose Versprechen einer dos gehört erst dem Theodosischen, das einer Schenkung gar erst dem Justinianischen R. an.

[54]) Dies namentlich auch gegen Liebe (Stipulation und einfaches Versprechen), der (S. 73) das nudum pact. als „Gegensatz der stipulatio" auffaßt und von der falschen Vorstellung ausgeht, das pactum sei stets einseitig und an sich (?) ein einfaches, beziehungsloses, absolutes Versprechen (S. 73, 74, 79). Richtiger ist die Bemerkung (S. 81, 82), die stipulatio habe gegolten sua vi ac potestate, das pactum nur in Verbindung mit einer rechtlich bedeutsamen Tatsache (causa).

[55]) Eine Klage erzeugte eine solche transactio erst, sobald von einer Seite geleistet war: vgl. einerseits l. 28 Cod. II. 4 (ex pacto non potuit nasci actio), andererseits l. 6. l. 34 Cod. eod. (praescriptis verbis actio). So tritt uns auch hier der Zusammenhang der pacta und der Realverträge entgegen. — Der ideelle Zusammenhang von receptum arbitrii, compromissum u. transactio sowol unter einander, als mit der Urbedeutung von pacisci bedarf wol nicht erst einer Erörterung.

S. 471); was insofern unwidersprechlich ist, als Exceptionen auch[56]) aus Civilobligationen entstehen und auch ohne alle obligatio begründet sein können, so z. B. oft die exceptio doli. Aber beim pactum de non petendo besteht ja der dolus nur[57]) darin, daß Jemand einer naturalen Pflicht zum „non petere“ entgegenhandelt. Doch ist da schwer streiten, weil die Naturalobligation nicht ein Begriff von feststehendem Inhalt ist.[58])

Wenn jemals den selbständigen, d. h. nichts voraussetzenden pacta eine rechtliche Wirkung beigelegt wurde, so kann das jedenfalls erst der ziemlich späte Abschluß der ganzen Entwicklung gewesen sein.[59]) Ob dies aber der Fall war, ist schwer zu entscheiden.[60]) Gewichtige Bedenken sind dagegen vorgebracht worden;[61]) und doch spricht vieles

---

[56]) Es ist ja doch nur eine petitio principii, wenn Unterholzner, Brinz (krit. Bl. 3. H. S. 18, N. 26) und Schwanert (Naturaloblig. S. 124), um den Schluß von der exceptio auf eine naturalis obl. abzulehnen, behaupten: eine obligatio naturalis erzeuge nie eine exceptio.

[57]) Dies gegen Schwanert S. 124, 125.

[58]) Schwanert nimmt in diesen Fällen nur ein naturaliter debitum an, das wesentlich verschieden sein soll von einer naturalis obligatio (S. 123 fg., bes. S. 152—154). Dagegen Arndts Pand. §. 217. A. 7.

[59]) Es sei gestattet, hier eine oft citirte Stelle aus Seneca de benef. V. c. 21 in Erinnerung zu bringen. Den Gedanken ausführend, den Schiller einmal so ausgedrückt hat: „wo die Zwangspflichten von dem Menschen ablassen, übernehmen ihn die Sitten,“ bemerkt Seneca u. a.: „Quae lex ad id praestandum, quod alicui promisimus, alligat?“ —

[60]) Schlesinger Formalcontracte (S. 90 fg.) verneint die Frage, wobei er sich jedoch auf den Ausdruck einer subjectiven Ueberzeugung beschränkt.

[61]) Von den bei Vangerow, III. S. 241 und den bei Kuntze, II. 472 Citirten; auch von Letzterem selbst (470—472). — Wenn Scheurl in Jhering's Jahrb. VII. S. 345 fragt, wo die praktische Bedeutung der naturalis obl. aus dem nudum pactum gelegen haben soll, da doch der Stipulationsform so leicht zu genügen war, — so ist zu antworten: im Verkehr unter Abwesenden. — Das schwächste Argument für die Verneinung giebt l. 7 §. 4 D. II. 14 ab (nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem), welche Stelle jeder Unbefangene gerade als ein starkes Gegenargument anerkennen wird. Wenn Schwanert (S. 123) u. A. darin eine Negation auch der Naturalobligation erblicken, so braucht man nur daran zu erinnern, wie oft der römische Sprach-

dafür. So die sehr allgemein lautenden Stellen l. 1, l. 5 — 7 pr. l. 7 §. 7. D. h. t.,[62]) so der Umstand, daß im neuesten römischen Rechte die formlosen Dos- und Schenkungsversprechen sogar obligationes civiles begründen. Mag man im ersten Falle auf den favor dotis sich berufen, — bei der Schenkung kann doch sonst von keinem favor, eher von dessen Gegenteil die Rede sein! Endlich spricht hiefür die Berufung auf die naturalis aequitas (l. 1 pr. D. h. t.) und das ius gentium (l. 7 pr. cod.); beiden entspricht es schlecht, wenn man dem selbständigen pactum alle rechtliche Wirkung versagt. Kuntze (II. 471) bemerkt unter Hinweisung auf das constitutum, es wäre unter obiger

---

gebrauch obligatio und actio verwechselt. Wenn man die citirte Stelle im ganzen Zusammenhang betrachtet (pr. „quaedam actiones, quaedam exceptiones"; und gleich nach den citirten Worten im Eingang des §. 5: quin imo interdum .... actionem), so ist es ja handgreiflich, daß „obligatio" in jenem Satze eine klagbare Obl. bedeutet. — Das verhältnißmäßig stärkste Argument dagegen (und das einzige, das mich von einer entschiedenen Bejahung abhält) giebt l. 1 §. 2 D. 45. 1 und dies wird durch Savigny's Bemerkung (Obl. R. I. S. 57, 58) doch wol nicht beseitigt. Aber für so entscheidend, wie Brinz a. a. O., Schwanert, S. 126 fg. u. A., kann ich auch diese Stelle nicht halten. Wenn es wahr wäre, daß „kaum ein unrömischerer Gedanke erfunden werden könnte", als die naturaliter obligirende Kraft eines nudum pactum (Kuntze, II. S. 471), wozu hätte Ulpian, nachdem er bereits den Fall entschieden hat, noch ausdrücklich die Bemerkung nachgetragen: „Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit" —? Sein Sabinus-Commentar war ja doch kein Lehrbuch für Anfänger! — An einen Stummen ist in unserer Stelle (auch im zweiten Satze) nicht gedacht; hätte denn auch wirklich vom Gerichte gehört zu werden verdient, wer vorgebracht hätte, er habe mit einem Stummen einen Verbalcontract schließen wollen!? (Gai. III. §. 105). Von einem Nichtstummen aber, der auf eine Stipulationsfrage, auf die er nur „dabo" zu antworten braucht, um den Contract zu perficiren, mit einem Kopfnicken antwortet, läßt sich doch alles eher annehmen (z. B. daß er zerstreut war), als daß er sich ernstlich verbinden wollte. Oder sollte es irgend Jemandem zu lästig sein, zwei Silben auszusprechen? — Vielleicht liegt hierin die Erklärung obiger Stelle. — Daß etwas, das wegen Formfehler als stipulatio nicht galt, als pactum (freilich ex continenti adiectum) berücksichtigt werden konnte, zeigt der §. 3 Inst. III, 15.

[62]) Allerdings schießen allgemeine Sätze oft über's Ziel hinaus. Aber wie hätte ein römischer Jurist so schreiben können, wenn die pacta eine so engbegränzte Bedeutung gehabt hätten, wie die Schriftsteller meinen, welche jene Aussprüche nicht gelten lassen wollen!

Voraussetzung dann „durch einfaches (?) pactum geminatum eine klagbare Forderung erzeugt worden: welch' monströses Gebilde!" Allerdings, wenn man dabei an die lächerliche Komödie eines sofort zweimal niedergeschriebenen Versprechens oder dgl. denkt. Man denke aber an folgenden Fall: A hat sich dem B zu einer Leistung von 500 paciscendo verpflichtet; später mahnt B den A und dieser schreibt zurück: „Sei unbesorgt; ich erkenne jene Schuld von 500 willig an und werde dich in drei Monaten befriedigen." Wenn er dann doch sich weigert, zu zahlen, gilt von ihm nicht in hohem Grade das „grave est, fidem fallere" (l. 1 pr. D. de pec. constit. XIII. 5)? Hat denn nicht die feierliche Form namentlich auch die Bedeutung, über die Reife und Ernstlichkeit des Entschlusses keinen Zweifel zu lassen? Und liegt nicht in einer derartigen Wiederholung des Versprechens die gleiche Garantie? Wenn in solchem Falle der Prätor gegen Wortbruch Schutz gewährte, wo ist da etwas Monströses? — Es läßt sich demnach zwar die Annahme einer obligatio naturalis ex nudo pacto nicht erweisen, aber ebensowenig das Gegenteil.

Noch viel mehr des Unsicheren enthält für uns derzeit noch der germanische Formalismus. Kein Wunder daher, daß wenig Uebereinstimmung unter den Schriftstellern herrscht, wenn sie römisches und germanisches Vertragsrecht in Vergleichung ziehen.

Ganz auf dem Standpunkt der hergebrachten Lehre steht Stobbe[63]) mit der Behauptung, daß nach altem deutschen Rechte im Gegensatze zum römischen „die Verträge ohne Rücksicht auf die Form gültig und klagbar" gewesen seien. Die Formen werden von ihm nur unter den Gesichtspunkt der Beweiserleichterung und unter den unklaren Begriff einer „Verstärkung" der Verträge gestellt.

Umgekehrt behauptet Sohm[64]): „Das mittelalterliche Contractssystem ruhte, gleich dem altrömischen auf dem Princip des Formalismus . . . Der Gegensatz der Formal-, Real-, Consensual-Contracte war deutlich ausgebildet." Das „pacta sunt servanda" sei aus

---

[63]) Zur Gesch. des deutsch. Vertragsrechtes §§. 2, 3 bes. S. 12, 25.

[64]) In Grünhut's Ztschft. f. Privatr. u. öffentl. R. der Gegenwart, I. S. 246.

dem kanonischem Rechte durch die italienische Praxis bei der Reception nach Deutschland eingedrungen.

Dem dürfte im allgemeinen beizustimmen sein. Im Einzelnen sei bemerkt, daß der Handschlag, mit der stipulatio urgeschichtlich[65]) und functionell[66]) verwandt, im germanischen Rechtsleben eine größere Rolle spielte, als man nach der Darstellung unserer Lehrbücher glauben möchte.[67]) Die deutsche arrha war „ein Haftgeld im eigentlichen Sinne," machte das Rechtsgeschäft erst zu einem stetigen;[68]) in gleicher Weise wirkte der Weinkauf. Die auf Rückgabe in specie gerichteten Realverträge finden sich in aller Welt, sind iuris gentium in eminentem Sinne[69]); aber auch an Innominat-Contracte finden sich im germanischen Rechtsleben Anklänge: z. B. das pretium numeratum (handzööl) des schwedischen Rechtes (s. oben), die durch Leistung verdienten Forderungen des deutschen Rechtes.[70])

So weit die Zustimmung. Präcisirt ist aber damit das Verhältniß der beiden Rechte noch gar nicht; denn das ist die große Frage, ob die solenne Form hüben und drüben die ganz gleiche Function gehabt habe.

Beseler[71]) bezeichnet das Verhältniß so: Bei den Römern sei, von den Consensualverträgen abgesehen, Vorleistung oder stipulatio erforderlich gewesen, „um einen vollgültigen, klagbaren Vertrag zu Stande zu bringen;" „der Vertrag als solcher sei wirkungslos."[72])

---

[65]) Stipulari und promittere i. e. manum. Vorläufig s. Danz, der sacrale Schutz S. 135 fg. Näheres an anderem Orte. —

[66]) Kuntze II. S. 476.

[67]) Vgl. Homeyer's Bemerkung zu Kolderup-Rosenvinge §. 23.

[68]) Siegel S. 36; vgl. auch das von Stobbe selbst (S. 50 fg.) beigebrachte Material.

[69]) Mag auch etwa vorhergehn irgend eine Verbindlichkeit, die Verpflichtung des Depositars, Commodatars, Pfandhabers beruht in erster Linie auf der Tatsache, daß er eine fremde Sache cum certa lege zu sich genommen hat. Diese Verhältnisse sind die einfachsten Urtypen des credere, des Anvertrauens.

[70]) Stobbe S. 67 fg., 96, 105.

[71]) System, 2. Aufl. S. 480.

[72]) „Wirkungslos" und „nicht klagbar" ist doch nicht dasselbe; es fehlt hier also eine bestimmte Meinung über das nudum pactum.

„Das war eine Consequenz des Systems," (?) während das deutsche Recht durch Zweckmäßigkeitsgründe bestimmt wurde, durch das Interesse der Rechtssicherheit: die Form soll hier den Augenblick des bindenden Consenses markiren,[73]) ferner den Beweis sichern. Die Wahl derselben hänge großenteils vom Belieben der Beteiligten ab.[74]) — Dies läßt an Klarheit manches zu wünschen übrig; doch ist in der Hauptsache zuzustimmen (Ablehnung der Formlosigkeit; Betonung, daß der Beweis nicht der einzige Zweck der Form war).

Siegel[75]) sagt: „Nach beiden Rechten giebt es formelle und formlose Verträge; während aber nach römischem Rechte aus jenen eine actio, aus diesen keine entsteht,[76]) wird im deutschen Rechtsleben dort eine unläugbare und pfändbare,[77]) hier eine klagbare aber läugenbare Schuld begründet." Das ist ein bestimmter Ausdruck einer klaren Vorstellung. Ob aber damit das Verhältniß „erschöpfend angegeben" sei, erscheint mir doch noch zweifelhaft. Sollten denn die Vertragsformen zu allen Zeiten bei allen germanischen Stämmen nur diese einzige Bedeutung gehabt haben? Wenn z. B. in irgendwo für eine Art von Geschäften der Handschlag üblich war, so markirte er doch, wie mir scheint, den Augenblick des Vertragsschlusses, so daß ohne ihn nur Tractate da waren, kein Vertrag.

---

[73]) Das ist eine der wichtigsten Functionen solenner Vertragsformen wol in aller Welt, also nichts eigentümlich deutsches.

[74]) Beseler erwähnt noch die große Mannigfaltigkeit des Formalismus nach Verschiedenheit der Stammes- und Standesrechte. (Dies erinnert an Ihering Geist d. R. R. II. Bd. §. 23, wo sich auch eine Vergleichung des röm. u. german. Formalismus findet, doch nach einer nicht hereinschlagenden Seite). Daß ein Complex vieler verschiedener, räumlich zerstreuter Volksstämme (man denke: Tiroler und Friesen!) mannigfachere Rechtsformen übte, als die Bewohner der einen Stadt Rom, ist doch nicht verwunderlich.

[75]) Gesch. des deutschen Gerichtsverfahrens (1857) I. S. 40, N. 14.

[76]) Dabei ist selbstverständlich von den Consensualverträgen abgesehen. „Keine actio," doch (dürfen wir im Sinne des Verfassers ergänzen) eine klaglose Verbindlichkeit. Wie wenig freilich diese Wirkung des pactum feststeht, haben wir oben gesehen.

[77]) Daran erinnert im altrömischen R. die manus iniectio, wo sie Folge einer Begründungsform der Schuld war (nexum, Damnationslegat).

Reyscher[78]) meint: einige Formen dienten nicht zur Abschließung, wol aber zur Bestärkung der Verträge,[79]) andere dienten insoferne der Beweisführung, „als der Verpflichtete, welcher einer eingegangenen Verbindlichkeit nicht in einer bestimmten Form überwiesen wurde, dieselbe eidlich abläugnen konnte.“

So kommen wir hier vorerst nicht über Dunkelheiten, Vermutungen und Zweifel heraus. Aber auch diese sind nicht unfruchtbar, wenn sie die Ueberzeugung verstärken, wie viel hier noch zu tun übrig ist, und daß es kaum ein ergiebigeres Gebiet für rechtsgeschichtliche Forschung gebe, als die Frage nach der Perfection der Verträge bei den verschiedenen Völkern, und im Zusammenhange damit die Geschichte des Reuerechtes. —

§. 5.

Die einzelnen Versprechen.

Die letzten zwei Drittel des Siegel'schen Buches füllt die Untersuchung über die „einzelnen Versprechen.“ Aus dem im Vorwort angegebenen Grunde, werde ich mich hier nur auf wenige Bemerkungen beschränken.

Siegel stellt acht Fälle unter diese Kategorie, wobei er die Vertragsofferte unter Abwesenden mit Recht voranstellt, als den am wenigsten zweifelhaften und lehrreichsten Fall. Denn er illustrirt sowol den Unterschied von Versprechen und Vertrag, als auch den von Gebundenheit ans Wort und Verbundenheit zur Leistung. Nur eine Spielart der Offerte ist die O. mit einer Bedenkzeit. Unter Anwesenden wird sie fast immer als präparatorischer Vertrag, unter Abwesenden als einseitiges Versprechen sich darstellen. Im ersteren Fall illustrirt sie nur den zuletzt erwähnten, im letzteren Falle beide Unterschiede.

---

[78]) Beiträge (1833) I. Symbolik des german. R., S. 8 fg.

[79]) Siegel a. a. O. nennt die Bestärkung der Verträge ein „juristisches Curiosum“; ich nenne sie einen unklaren Gedanken.

An dritter Stelle führt Siegel „das sogenannte hinkende Geschäft" vor. Bekker a. a. O. (S. 25) bemerkt hiegegen, der Begriff des „Versprechens" verliere an Schärfe seines Umrisses, wenn darauf bestanden würde, dies Gebilde hineinzuziehen. Schärfer hat sich dagegen Unger erklärt mit Gründen, denen ich völlig beipflichte. Einmal liegt hier ein Vertragsschluß im factischen Sinne vor, und es ist deshalb natürlicher, wie es auch zweckmäßiger ist, eine Wirkung ex tunc zu constatiren, sobald die Sanirung erfolgt, nicht erst jetzt den Vertrag entstehen zu lassen, wie Siegel (S. 80), von seinem Standpunkt aus ganz folgerichtig, verlangt. Auch ist hiebei übersehen, daß beim hinkenden Geschäft auf Seite des einen Contrahenten unvollkommene Handlungs-Fähigkeit, nicht aber vollkommene Handlungs-Unfähigkeit vorausgesetzt wird.[80]) Es liegt hier also ein Vertrag vor, der aber zunächst keine Pflicht zur Leistung, sondern nur eine Gebundenheit an's Wort für den einen Teil bewirkt und vielleicht mehr nie bewirken wird. Demnach gehört dieser Fall wol zu Siegel's §. 5, nicht aber auch zu §. 6.[81])

Als vierten Fall bespricht der Verfasser (im §. 10) das Steigerungsgebot, wobei er aber ausdrücklich (S. 82) abstrahirt von jener Form der Versteigerung, die eine Verkaufsofferte enthält; er beschäftigt sich nur mit der häufigeren, die eine Aufforderung ist zur Stellung von Kaufsofferten. Obwol die betreffenden Aufstellungen von Unger rückhaltslos gebilligt werden, kann ich hier zwei Bedenken nicht unterdrücken: a) die Fälle 1, 2, 4 hätten zusammengestellt, ja zusammen-

[80]) Man könnte versucht sein, auch dies einzuwenden: was ex uno latere stat, sei nicht bloß ein Versprechen, sondern seien zwei Erklärungen des Selbstmündigen: eine Schuldner- und eine Gläubiger-Erklärung, m. a. W. eine maßgebende Aeußerung nicht nur über die eigene Leistung, sondern auch über die Gegenleistung. Allein für die richtige Auffassung des gegenseitigen Vertrages stellen sich beide Erklärungen als tatsächlich eine unzertrennliche Willensäußerung dar. A verspricht x für y, wie B y für x verspricht. Der gleiche Doppelinhalt steckt ja in der Regel auch in der Offerte.

[81]) Sehr ähnlich, aber doch nicht ganz gleich verhält es sich mit dem Kauf auf Probe (H. G. B., A. 339); denn der Verkäufer ist hier möglicher Weise sofort zu mehr verpflichtet, als zum bloßen Worthalten. Vgl. Unger S. 368 u. die daselbst Angeführten.

gefaßt werden sollen; denn wenn Siegel's Auffassung richtig ist, so liegt ja auch hier (4) nichts anderes als eine Offerte vor, und sind darnach die erwähnten Fälle nur Spielarten eines Rechtsgebildes (der Offerte). Ihr Unterschied liegt nur in dem verschiedenen Zweck der Gebundenheit, den verschiedenen Bedürfnissen, denen entsprochen werden soll, wornach auch die Dauer der Gebundenheit eine verschiedene ist. b) Wichtiger aber ist dieses. Wenn Unger (S. 369) sagt; wir hätten es hier „mit einem nicht angenommenen Versprechen zu tun," so ist zu erwiedern: aber mit einem abgenommenen! Ist denn die Aufforderung zur Stellung der Offerte gar nichts? Und wenn sich Siegel (S. 90) darauf beruft, daß der Auctionator oft Gebote zulasse, auf die er den Zuschlag nicht erteilen will, „daß ihm nichts ferner liege, als ihre noch so verclausulirte Annahme", so unterläuft ihm hier eine Verwechslung, vor der ihn seine eigene Bemerkung auf S. 87, — daß es sich hier selbstverständlich nicht um den Vertrag handle, der erst durch den Zuschlag entsteht — hätte bewahren können. Wie bei der stipulatio ist hier Frage und Antwort, abgenommenes Versprechen (Unger S. 358), also ein Vertrag. Aber der Consens bezieht sich nicht auf den Inhalt des Gebotes, sondern auf die Gebundenheit des Bieters. Es verhält sich hier genau so, wie bei dem unter Anwesenden gestellten Offerte mit Bedenkzeit, wo Unger (S. 365 in fine) von einem „Offertvertrag" spricht, einem Vertrag, den Siegel (S. 70) so beschreibt: „das von dem Adressaten angenommene Versprechen des Offerenten, während der vereinbarten Frist sein Wort zu halten." In unserem Falle besteht der Vertrag in dem vom Auctionator (bez. dessen Mandanten) abgenommenen Versprechen des Offerenten (Bieters), während der vereinbarten (oder gesetzlichen) Frist (des Versteigerungstermines, bez. bis zum Mehrgebote) im Worte zu bleiben, sein Gebot nicht zurückzuziehen.

Der §. 11 (S. 91—108) ist einer sorgfältigen Untersuchung der Natur der Auslobung gewidmet, desjenigen Rechtsgebildes, welches dem Verfasser vielleicht die Anregung zu diesen Studien gegeben hat (s. Vorwort), und bei welchem er mit seinen Ansichten nicht vereinzelt steht. Der Grundgedanke wenigstens, daß hier kein Vertrag, sondern ein einseitiges Versprechen vorliegt, ist schon von Vielen verteidigt worden; z. B. von Arndts Pand. §. 241, Baron §. 211,

Brinz S. 1549, Kuntze,[82]) Puchta Pand. §. 259, Sintenis,[83]) Unger;[84]) — nur daß die Romanisten an gewisse ganz singuläre[85]) Fälle des röm. R. (pollicitatio, votum), „unerhebliche Ausnahmen," wie sie Kuntze Curs. §. 623 mit Recht nennt, anknüpfen, wie man überhaupt geneigt ist, für Gebilde des modernen Rechtsverkehrs nach Anhaltspunkten im Corp. jur. zu suchen.[86]) Nachdem nun aber der Zusammenhang der Auslobung mit anderen Instituten und ihre Begründung im nationalen Rechtsbewußtsein nachgewiesen ist, wird wol Jeder lieber aus einem lebendigen Quell, statt aus einer Cisterne schöpfen. Die Auslobung unterscheidet sich von den bisher betrachteten Fällen des einseitigen Versprechens dadurch, daß sie nicht bloß eine Gebundenheit, sondern eine bedingte Pflicht zu einer Leistung begründet (S. 92). Sie ist, sobald sie öffentlich geworden, unwiderruflich (ebd.). Mit dem Vollbringen der Tat, worauf die Auslobung den Preis gesetzt hat, ist die Bedingung erfüllt, und — ohne Acceptation — kraft des in der Auslobung erklärten Willens das Schuldverhältniß entstanden (S. 104). Der Offerent verspricht für den Fall der Annahme, der Auslobende verspricht unter der Bedingung einer Leistung (S. 104, 105). Indem auf die nähere Darlegung des Inhaltes dieses §. (11) verzichtet und auf das Buch selbst gewiesen wird,[87]) mögen hier noch einige aphoristische Bemerkungen über dieses unfertige, der Ausbildung durch Wissenschaft und Gesetzgebung noch harrende Institut ihre Stelle finden. Einige Unterscheidungen dürften vielleicht auch hier zur Klärung beitragen. Die

---

[82]) Zu Holzschuher's Theorie u. Casuistik III. §. 235 (3. Aufl.)

[83]) Civilrecht II. §. 96, N. 58.

[84]) In seinen Verträgen und (1869) in mündlicher Mitteilung an den Schreiber dieser Zeilen. Jetzt a. a. O., S. 370.

[85]) Vgl. Exner in d. Münchener krit. Vjschft. XI. S. 343.

[86]) Diese Bestrebungen machen ein interessantes Capitel in der Dogmengeschichte aus. Noch interessanter aber wäre es, der Erscheinung nachzugehen, wie die letzten Triebe des alternden röm. R. über das Altertum hinaus in das Mittelalter deuten, eine Erscheinung, welche jenen Bestrebungen Nahrung gab, und sie teilweise rechtfertigt.

[87]) Sehr beachtenswert ist auch der auf dem entgegengesetzten Standpunkt ruhende, die praktischen Punkte der Frage und die schwachen Seiten anderer Meinungen gut hervorhebende Aufsatz von Exner a. a. O., S. 337—361.

Auslobung ist entweder ein Mittel des Verkehrslebens oder sie bewegt sich auf anderen Gebieten. Fälle der ersteren Art, die also ganz der Prosa des Alltags angehören, und deren civilistische Behandlung eben deshalb am wenigsten bedenklich ist, sind: Aussetzung eines Finderlohns, einer Belohnung für Vermittlung einer Anstellung, Beschaffung einer Wohnung u. dgl. Daran schließen sich solche, wo ebenfalls ein lediglich privates Interesse Befriedigung sucht, wo es sich aber nicht mehr um gewöhnliche ökonomische Leistungen handelt: Preis auf Einlieferung eines Diebes, ausgesetzt von Seiten des Bestohlenen (wobei oft hinter dem Vermögensinteresse sich ein Rachegefühl birgt); oder die Angehörigen eines im Kriege Vermißten versprechen eine Belohnung demjenigen, der ihnen glaubhafte Kunde von jenem bringt; oder für die Entdeckung eines entlaufenen Kindes wird ein Preis ausgesetzt u. dgl. Eine dritte Gruppe bilden Auslobungen, durch welche eine wissenschaftliche, gewerbliche, künstlerische, humanitäre Leistung veranlaßt werden soll. Eine private Neigung oder Vorliebe mag Motiv sein, doch soll die Leistung, die gewünscht wird, nicht einem privaten, sondern einem allgemeinen Interesse dienen. Darin liegt eine Verwandtschaft dieser Gruppe mit den pollicitationes civitati (reipublicae) factae, nur daß hier eine gemeinnützige Leistung, dort ein Lohn für eine solche verheißen wird (also directe und indirecte Förderung eines nicht-privaten Interesses). Endlich giebt es Verheißungen, die eine Tat zu lohnen (richtiger: anzuerkennen), aber verständiger Weise nicht hervorzurufen beabsichtigen. Preise auf gewisse kriegerische oder humanitäre Erfolge (Heldentaten), die darum nicht auf den verheißenen Preis zurückzuführen sind, weil dieser ein zu geringer Motor wäre, sie aber andererseits durch Pflichtgefühl, Ehrgeiz u. dgl. ohnehin hinreichend motivirt sind. Diese haben eine Verwandtschaft mit den alten votis, was sich namentlich darin zeigt, daß oft der glückliche Zufall und nicht das Verdienst den Preis davon trägt, welcher von Seiten des Aufopfernden als Zeichen patriotischer Freude u. dgl. gespendet wird.[88]) Es versteht sich gar nicht von selbst, daß in allen

[88]) Auf diese Gruppe, weniger auf die anderen, paßt Unger's Ausdruck „profanes Gelübde."

diesen Fällen das Gleiche gelten müßte, vielmehr ist es eine Frage des gesetzgeberischen Tactes, wie viel man davon in das Bereich der Civilgesetzgebung ziehen wolle. Man ist heut zu Tage, wie mir scheint, geneigt, die Grenzen derselben zu sehr zu erweitern (vgl. auch Bekker im Jahrb. f. gem. d. R. II. S. 356). Das ist kein Fortschritt. Soll denn nichts mehr der Sittlichkeit und Sitte, dem Anstands- und Ehrgefühl anvertraut bleiben? Achtung und Mißachtung der Mitbürger gar nicht mehr als Compelle gelten, sondern überall die Execution im Hintergrunde stehen?[89]) — Ferner ist zu bedenken, daß das Privatrecht (von dem Familienrecht, das den Uebergang zum öffentlichen Rechte bildet, abgesehen) Vermögensrecht ist. Zur Klagbarkeit sollte also verlangt werden, daß die Leistung entweder vermögensrechtlicher Natur ist, oder sonst einem privaten Interesse dient (denn auch Dienste, wie das Bringen einer Nachricht u. dgl. pflegen bezahlt zu werden), oder aber dem Leistenden Geld- und Zeitaufwand verursacht. Daß die Prämie einen Geldwert hat, ist weder erforderlich,[90]) noch genügend; denn auf die Beschaffenheit der Leistung, nicht der Prämie kommet alles an (s. unten). Auch in anderen Fällen kann die Zurücknahme oder Nichterfüllung einer Auslobung für den Einen unehrenhaft, für den Anderen sehr ärgerlich sein. Aber wem von uns ist es nie widerfahren, durch die nicht eingehaltene Zusage eines Besuches, einer Zusammenkunft, eines Spazierganges um Zeit und Arbeitslust gebracht worden zu sein? —

Es wäre ein Irrtum zu glauben, mit obigen Sätzen sei auch schon die Streitfrage, ob die Aussetzung eines Preises auf eine Leistung, deren Nicht-Zustandekommen der Auslobende wünscht, klagbar sei,[91]) im negativem Sinne entschieden. Ein privates Interesse will ja auch hier durch die Auslobung gefördert werden, freilich in umgekehrter Weise, als in den früheren Fällen. Der Fall unterscheidet sich von den meisten anderen auch darin, daß Mehrere den Preis

---

[89]) Connanus gegen die Behandlung aller Verträge als Consensual-V. eifernd (s. unten), mahnt, man solle doch „aliqua honestati cuiusque relinquere, nec ad necessitudinem obligationis exigere."

[90]) Exner S. 340 fg.

[91]) Exner S. 338 fg. Unger S. 370.

davon tragen können. Er ist zwar keine Wette, aber einer solchen ähnlich.[92]) Ja durch eine etwas künstliche Deutung könnte man sogar jene Subsumtion erzielen. Z. B. ein Cassenfabricant verspricht dem, der eine seiner Cassen mit einem nicht aus seiner Fabrik hervorgegangenen Schlüssel öffnet, 100 fl. Einsatz von seiner Seite: 100 fl. und die Gefahr eines großen Schadens im Falle Jemandem das Aufsperren gelingt; von der anderen Seite: Mühe und Zeit (also Geldeswert); — zu erhoffender Gewinn für den Ersteren: Accreditirung, gesteigerter Absatz seiner Waare,[93]) für den Letzteren: 100 fl. — Also wenigstens die Aehnlichkeit mit der Wette ist groß genug, um eine Analogie zu rechtfertigen. Dies spricht für die Gültigkeit solcher Versprechen (als unklagbarer Obligationen nach österreichischem Rechte §. 1271, als klagbarer Obligationen nach gemeinem Rechte) für diese spricht sich auch Unger aus, aber mit anderer Begründung (indem er die Analogie der Conventionalstrafe heranzieht).

Vom legislativen Standpunkt läßt sich gegen Auslobungen der letzteren Art dasselbe erinnern, was gegen Wetten, und auch auf die Tatsache hinweisen, daß in der Mehrzahl der Fälle der ernstliche Verpflichtungswille mangelt. Für die Gültigkeit aber läßt sich bemerken: daß letzteres doch nicht immer der Fall ist; ferner, daß es kein Unglück ist, wenn ein dreister Marktschreier einmal beim Worte genommen wird. Die Entscheidung ist in der Tat schwer. Hier möge nur auf einen übersehenen Umstand aufmerksam gemacht werden: nämlich, daß die Grenze zwischen Auslobungen der zweiten und der ersten Art, obwol sie wie schwarz und weiß abzustechen scheinen, doch nicht überall deutlich ist. Wenn bei gewissen Druckwerken ein Louis'dor für jeden entdeckten Druckfehler ausgesetzt wird, so soll damit nicht nur eine günstige Meinung von der Correctheit des Druckes erzeugt, sondern auch die möglichste Emendation künftiger Abdrücke gefördert werden. Der Verleger zahlt das versprochene Geld nicht wie einen verlorenen Wetteinsatz, sondern für einen ihm erwiesenen Dienst. Und doch, wenn ein Druckfehler überhaupt nicht zu entdecken ist, wird

---

[92]) Exner S. 339 fg.

[93]) Dies übersieht Exner, S. 339 unten.

ihm dies gewiß noch lieber sein. Hat er also ein Interesse an der Leistung oder an der Nichtleistung?[94]) —

Eine weitere Unterscheidung ist: ob die Leistung durch die Auslobung veranlaßt wurde oder nicht.[95]) Letzteres ist der Fall a) immer, wenn der Leistende von der Auslobung nicht wußte, b) oft auch dann, wenn er davon wußte; so z. B. wird die oft berufene „erste Kanone" gewiß nicht des Preises wegen erobert! Es liegt in der Consequenz der hier zu Grunde liegenden Theorie von der fides als einer sittlichen und ökonomischen Tatsache, daß überall dort, wo man aus irgend welchen Erwägungen sich bewogen fühlt, auch in letzteren Fällen eine Klage auf den Preis zu geben, dies contra rationem iuris geschieht, gerade wie die Klagbarkeit der pollicitatio civitati facta und das votum darum etwas ganz Singuläres[96]) ist, weil hier von einer getäuschten fides im Sinne des Verkehrslebens nie ernstlich die Rede sein könnte. Für die Klagbarkeit auch solcher Fälle läßt sich nebst verschiedenen Billigkeitserwägungen vornehmlich dies anführen: daß wenn einmal die Auslobung ein fest begrenztes und allgemein anerkanntes Institut sein wird, hier, so wie beim Vertrag, die Frage nach der getäuschten fides im concreten Falle gar nicht gestellt werden sollte, womit auch eine Menge von Beweisschwierigkeiten abgeschnitten wäre.

---

[94]) Das Abnorme liegt darin, daß der Auslobende hier wünscht: die Leistung wäre unmöglich, wenn sie aber möglich ist, möge sie gelingen; — während sonst der Wunsch dahin geht: die Leistung möchte unmöglich sein, oder doch Niemandem gelingen.

[95]) Exner (S. 346 fg.) sucht durch eine feine, aber nicht ungezwungene Construction, diesen Umstand als irrelevant hinzustellen.

[96]) Aus einem anderen Grunde erklärt auch Exner S. 343 diese Gebilde für singulärer Natur. — F. A. Schilling Naturrecht, I. Abtl. S. 180 fg. bemerkt, daß Auslobungen von Pollicitationen sich unterscheiden 1) weil sie an incertae personae, 2) weil sie auf Hervorrufung einer Leistung gerichtet sind. Auslobungen seien, wie Verträge, naturrechtlich nach dem Princip der Treue verbindlich, wenn die Leistung erfolgt. Letztere pflege mit Rücksicht auf die in der Auslobung enthaltene Zusage zu erfolgen. Was aber dann gelten soll, wenn sie ohne diese Rücksicht unternommen wird, sagt Sch. nicht.

So unfertig ist noch die Theorie der Auslobung, daß die Frage nach der Begränzung derselben offen bleiben muß. Nur verschiedene Bedenken sollen hier rege gemacht werden. Allzuweite Fassung des Begriffes ist m. E. von Uebel. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß die Beschaffenheit der provocirten Leistung und selbst der Umstand, ob die Leistung wirklich provocirt war, oder nicht, gleichgültig sei; so ist kein Grund erfindlich, warum man nicht auch die Erfüllung anderer Gelöbnisse für erzwingbar erklärt, solcher Gelöbnisse, die darum Auslobungen nicht sind, weil eine Leistung gar nicht provocirt werden will: z. B. ein Vater sagt im Freundeskreise: „wenn mein Kind von dieser Krankheit genesen wird, will ich 1000 fl. an die Wiener Armenkasse erlegen“ oder „dem Stipendienfond N. zuwenden.“ Ist wirklich ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem Fall und dem Preis auf die erste erbeutete Fahne? Man wird sagen: hier besteht die Bedingung in einem Zufall, dort in einer Leistung. Das ist kaum halbwahr: daß die vom N. N. erbeutete Fahne gerade die erste ist, ist nur Zufall. Oder es könnte Jemand meinen: hier wollte man den Erfolg befördern, dort nicht, hier ein Verdienst lohnen, dort nicht. Ebenfalls bloßer Schein: zwischen jenem kriegerischen Erfolg und der Auslobung besteht kein Causalnexus; und das Erobern der zweiten Fahne ist nicht minder verdienstlich, als das der ersten. In beiden Fällen liegt „ein profanes Gelübde“ vor, als Ausdruck zunächst eines Wunsches, dann einer Freude. Vielleicht wird man sagen: in dem einen Falle ist eine incerta persona Promissar, im anderen eine certa persona (ein gewisser Fond) Destinatar (wenn das Wort auch in diesem Sinne statthaft ist), und ein Promissar gar nicht vorhanden. Doch auch dies wäre willkürlich, was noch deutlicher an folgendem (erlebtem) Beispiel werden soll. Ein leichtfertiger Student (von dessen Minderjährigkeit wir absehen wollen) sagt in einem Kreise von Freunden: „Wenn ich gegen alles Erwarten diese Prüfung bestehe, ponire ich euch einen Eimer Bier.“ Es wurde kein Wort der Annahme gesprochen. Kann in solchem Falle das „voti damnatus“ jemals juristischer Ernst werden? Und doch fehlte es hier gewiß nicht an Promissaren, noch dazu (was bei Auslobungen nicht der Fall ist) personae certae. „Aber an einer Leistung für den Preis fehlt es.“ Wenn aber die Leistung nicht als Gegenleistung, sondern als Bedin-

gung aufzufassen ist, so ist nicht einzusehen, warum die Bedingung nicht auch in etwas anderem, als einer Leistung bestehen könnte? Wenn die Beschaffenheit der Leistung und ihre Abhängigkeit oder Unabhängigkeit von der Auslobung gleichgültig ist, so kann wol überhaupt die erstere nicht ein wesentliches Moment für die letztere sein. Man hat also nur die Wahl, die Grenzen dieses Begriffes enger oder weiter zu stecken, als jetzt geschieht.

Soviel aber scheint mir gewiß, daß diese Verhältnisse sich natürlicher und befriedigender aus dem Gesichtspunkt des einfachen Versprechens, als dem des Vertrages erklären lassen. —

§. 12 handelt von der Schuldverschreibung zu Gunsten ihres Inhabers, §. 13 vom Wechselaccept, §. 14 vom Schuldversprechen zu fremden Handen. Es geht nicht an, hier auf drei so schwierige, wichtige und namentlich so vielbesprochene Rechtsgebilde einzugehen; giebt es doch über jedes derselben eine ganze Literatur. Es genüge also, zu erwähnen, daß auch diese schwierigen Probleme, namentlich das dritte, vom Verfasser der endgültigen Lösung näher gebracht worden sind. Im Einzelnen hätte ich nur zu erwähnen, daß ich rücksichtlich der S. 114 besprochenen Frage mit Unger (S. 372) gegen Siegel, rücksichtlich der S. 155 fg. abgehandelten mit Siegel gegen Unger stimme. Endlich ist die Einreihung der Verträge zu Gunsten eines Dritten (§. 14) unter die einseitigen Versprechen zu erklären. Sie beruht bei Siegel auf diesem Gedankengang: Derjenige, an den das Versprechen geschehen ist, der es angenommen hat, wird nicht Gläubiger; und derjenige, der Gläubiger wird, hat nicht angenommen; zwischen ihm und dem Schuldner besteht kein Vertrag, also kann seine Forderung sich nicht auf einen solchen, sondern nur auf ein Versprechen gründen. Unger (S. 373) hat hingegen eingewendet: daß die Coordinirung mit den anderen Fällen darum nicht richtig sei, weil hier ein angenommenes (wenn auch nicht vom Gläubiger angenommenes) Versprechen vorliege; also ein Vertrag. So richtig dies ist, so möchte doch die ganz abnorme Natur dieser Verträge, wodurch sie von anderen Verträgen sich unterscheiden, die obige Einreihung als nicht so uneben erscheinen lassen. Die Mitwirkung des Anderen neben den Versprechenden, unterscheidet sich wesentlich von der eines gewöhnlichen Promissars (Gläubigers). Sie

besteht oft in dem Setzen einer iusta causa promissionis (z. B. einer Einzahlung, durch welche das Versprechen provocirt wird), immer aber darin, daß ein Versprechen nicht mehr „ein in den Wind gesprochenes Wort" ist, wenn es gegenüber einem Interessenten (d. h. Jemandem, welchem an dessen Ernstlichkeit gelegen ist) abgegeben wurde. Und darin ist dieser Rechtsact einem außergerichtlichen Geständniß ähnlich. Auch dieses hat ja nur dann eine juristische Bedeutung, wenn es einer daran interessirten Person gegenüber abgelegt, nicht auch sonst, wenn die fragliche Tatsache im Gespräche mit anderen Personen, sei es noch so ernstlich, eingestanden wurde.[97]) Eine gewisse Aehnlichkeit liegt ferner auch darin, daß von dem einer interessirten Person gemachten Geständniß auch eine andere, ebenfalls interessirte Person Gebrauch machen kann.[98]) — —

Es ist schon von Anderen bemerkt worden, daß sich wol noch andere Fälle den von Siegel dargestellten werden anfügen lassen. Unger und Bekker haben auf gewisse Subscriptionen hingewiesen, ferner (jedoch zweifelnd) der dotis dictio etc., Bekker auch des iussus gedacht.[99])

---

[97]) Wetzell Syst. d. ord. Civilprocesses (2. Aufl.) S. 175. Oesterr. all. Ger. O. v. 1781, §. 110, u. dazu Nippel's Erläuterung I. S. 284 fg. ungar. Civilpzß. Odg. v. 1852, u. dazu F. Schuster S. 318.

[98]) Wetzell S. 176, der in N. 19 hinzufügt, trotz des animus confitendi sei das Geständniß kein Vertrag.

[99]) Der iussus ist diejenige Modification des Creditauftrages, im weit. S. (vgl. fideiussio u. mandatum qualificatum), welche dieser dadurch erfährt, daß der Schuldner in der potestas des Bürgen (im weit. S.) steht. Entschieden falsch ist die Vorstellung, als ob der iussus dem gewöhnlich Mandate analog wäre. Der iussus ist nämlich in erster Linie nicht an den Gewaltunterworfenen, sondern an den Dritten gerichtet; m. a. W. nicht eine Bevollmächtigung des ersteren (ein Auftrag an ihn), sondern eine Verbürgung für ihn gegenüber dem letzteren. L. 2 — 5 D. 15, 4; l. 1 §. 1 eod; Gaj. IV. 70. Daher das Contremandiren des quasi-mandatum qualif. in l. 1 §. 2 D. h t., daher l. 1 §. 5 eod., wo es Ulp. für nötig hält, ausdrücklich zu sagen, iussus u. fideiussio seien nicht dasselbe, ja sich hiefür auf Marcellus zu berufen. — Vgl. auch Windscheid II. §. 482, N. 6.

§. 6.
Siegel's Resultate,

die von ihm am Ende des allgemeinen Teiles präcisirt sind, lassen sich in folgende Sätze zusammenfassen. Im heutigen deutschen Rechtsleben kann außer dem Vertrage auch ein bloßes, (d. h. nicht angenommenes) Versprechen ein Verpflichtungsgrund sein; sein Geber ist unter Umständen gezwungen, es zu halten, zuweilen sogar verpflichtet, es zu erfüllen. Damit wären zwei Dogmen widerlegt: a) daß die in einem bloßen Versprechen geäußerte voluntas stets ambulatoria sei; b) daß sie, ohne Annahme, den Versprechenden nie zum Schuldner mache (S. 46).

Damit ist also festgestellt: 1) Die Unterscheidung von Worthalten und -einlösen müssen, von Gebundenheit aus Wort und Pflicht zu einer Leistung; 2) der Satz: nicht nur das angenommene Versprechen, sondern zuweilen auch schon das nicht angenommene verbindet. Wenn ich nicht irre, zwei epochemachende Wahrheiten.

Und auf welchem Wege ist der Verfasser zu diesen Resultaten gelangt? M. E. auf keinem der heute gewöhnlich betretenen. So viel Gelehrsamkeit auch auf die Durchführung der Gedanken im Einzelnen verwendet ist, so ist die Schrift doch eigentlich weder eine historische, noch dogmengeschichtliche, noch exegetische, noch rechtsphilosophische. Der Verfasser hat den Lebensverhältnissen selbst ihren idealen Gehalt abgefragt. Deshalb mutet uns die Schrift so originell an. In der That ist diese „germanistische Studie" [100]) von der Methode der römischen Juristen nicht gar weit entfernt. Unbefangen und scharf hat der Verfasser das Rechtsleben beobachtet, und constatirt: hoc jure utimur, und dann die gemeinschaftlichen Gedanken dieser Entscheidungen aufgezeigt. Nicht um das ist es ihm hauptsächlich zu tun, was war oder sein soll, sondern was ist. Unser eigenes

[100]) Daß diese Bezeichnung, selbst abgesehen von den historischen Nachweisungen im I. Teile, gerechtfertigt ist, darüber Tomaschek in d. Wiener Abendpost (1874) S. 2196, col. 1.

Rechtsbewußtsein wird uns gedeutet. Und darum mutet uns die originelle Schrift doch auch wieder so bekannt, so vertraut an. Sie enthält darstellende Rechtswissenschaft im höchsten Sinne des Wortes. —

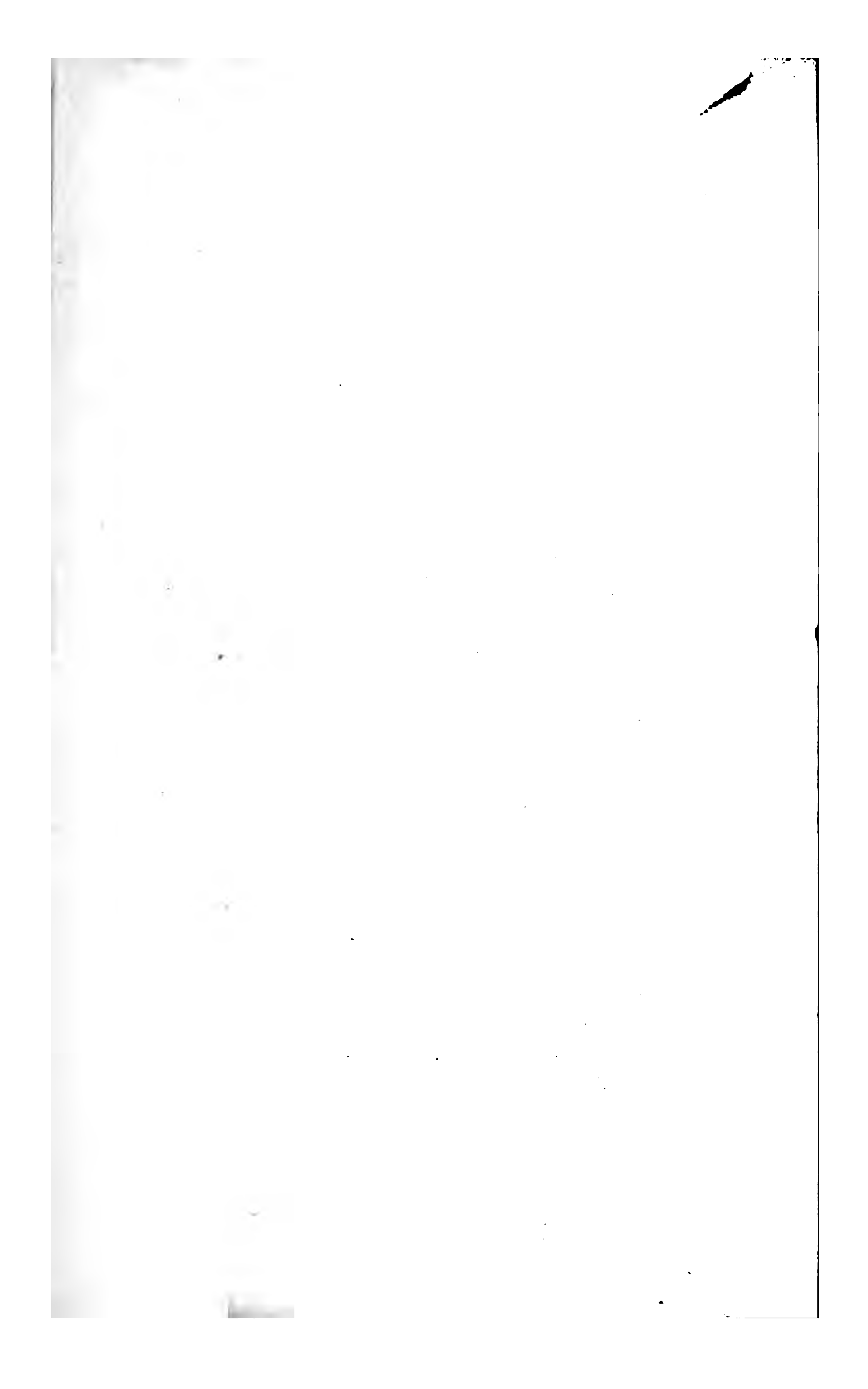
Diese Methode nun bewahrt den Verfasser vor Uebertreibungen, wie sie sonst junge Entdeckungen zu begleiten pflegen. Siegel verliert nie den festen Boden des geltenden Rechtes unter den Füßen. Er erfindet nicht, postulirt nicht; er begnügt sich, von den Gebilden des heutigen Rechtsverkehrs diejenigen herauszusuchen und zu besprechen, welche vom Standpunkt der Vertragstheorie nicht befriedigend, nicht ohne Künstelei erklärt werden können. —

Aber ich fürchte sehr, was der Urheber der Lehre nicht getan, werden Andere tun. Wenn ein besonnener Denker nach langer reiflicher Prüfung einen Satz der hergebrachten Lehre umstoßt, so pflegt ihm eine Menge Unbesonnener nachzufolgen, die mit dem Ueberkommenen um so schonungsloser aufzuräumen geneigt sind, je weniger ihnen das tiefere Verständniß des Alten wie des Neuen aufgegangen ist. —

Zu diesen Uebertreibungen könnten auch einige, nicht ganz glückliche Aeußerungen unseres Verfassers den Anlaß geben. S. 47 bemerkt er: „Daß aus dem Wesen des Schuldverhältnisses die Nothwendigkeit der Mitwirkung des Berechtigten zu seiner Entstehung nicht abgeleitet zu werden vermag, erweisen genugsam die Delictsobligationen." Wenn es nun bei Geschäftsobligationen anders sein sollte, so müßte der Grund in der eigentümlichen Structur des Rechtsgeschäftes liegen; und dies sei in der Tat beim römischen Vertrage der Fall. Allein „bei der gegensätzlichen deutschen Auffassung des Vertrages sei kein Grund abzusehen, warum der Wille, sich zum Schuldner zu machen, für sich allein nicht hinreichen sollte zur Hervorbringung dieser Wirkung." (S. 48). Notwendig sei die Erklärung des andern Teils nur dort, wo — wie bei der Vertrags-Offerte — der Versprechende selbst sie verlangt; nicht nothwendig dagegen, wo er bedingungslos verspricht. —

Und gerade diese anfechtbarsten Stellen des Buches sind es, die (wie man schon jetzt beobachten kann) den meisten Anklang finden. Schon hört man Aeußerungen, als ob der Vertrag — dieser ehr-

würdige Urbegriff des Rechtsverkehrs — genauer besehen nur eine alte Superstition wäre. Da nun scheint ein Wort der Warnung zeitgemäß. Und da es eine auch unserer Wissenschaft nicht unwürdige Aufgabe ist, bis auf die allgemeinsten Grundlagen zurückzugehen — wenn anders sie nicht jedem Einflusse auf das Leben entsagen, wenn sie nicht blos lernend, sondern auch leitend, zu ihm sich verhalten will —, so wird hier der Versuch gewagt, die wahre Bedeutung des Vertrages dadurch wieder uns in's Bewußtsein zurückzurufen, daß wir die Entstehungsgründe der Obligationen in ihrem natürlichen Zusammenhange betrachten.

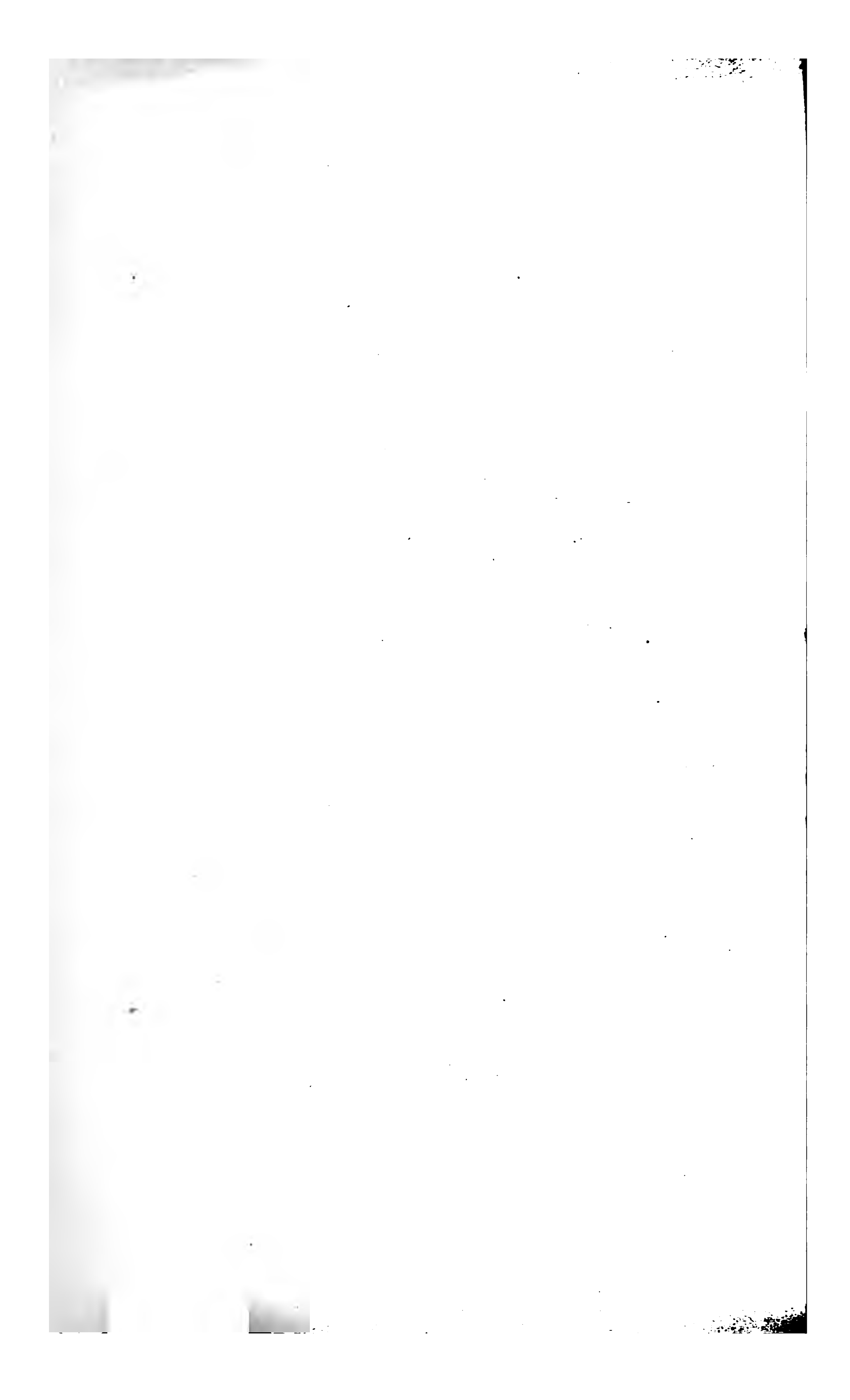


II.

Von den

Verpflichtungsgründen,

namentlich vom Vertrage.



§. 7.

Der Wille als Factor im Privatrecht.

Es ist eine vielverbreitete naheliegende Ansicht, welche den subjectiven Willen als das eigentliche Movens im Privatrecht betrachtet. Und doch — so wichtig dieses Moment auch ist — ist jenes eine Ansicht, die die Verhältnisse oft in unrichtiger Beleuchtung erblickt. Sie hängt zusammen mit der die ganze Naturrechts-Theorie durchdringenden Vorstellung von der Selbständigkeit des subjectiven Rechtes. Dieses aber ist in Wahrheit nichts Primäres und darf nicht zum Ausgangspunkte der Betrachtung genommen werden. Es ist, richtiger verstanden, etwas Secundäres, ein Ausfluß objectiver Verhältnisse, eine Folge, eine Erscheinungsform. Es ist die subjective Seite einer objectiven Ordnung, eine Lebensbetätigung, eine Teilerscheinung derselben, aber nichts auf sich Ruhendes, nichts in sich Beschlossenes, nichts Selbständiges. Selbst das noch ist eine ungenaue und äußerliche Auffassung, welche das subjective Recht zwar abhängig von dem Objectiven, als ein Hervorgebrachtes, aber dann doch Selbständiges denkt; richtiger ist es, das subjective Recht als ein einzelnes Moment in dem actuellen Leben des objectiven Rechtes zu verstehen. Die Rechtsordnung nämlich an sich ist ein Ideenganzes (dies ihr Sein), sie betätigt sich aber auch an einem empirischen Stoffe, offenbart sich uns alltäglich im Hause, auf dem Markte und im Gericht (und dies ist ihr Leben). Sie lebt als Norm der Verhältnisse, und wenn wir sagen: ‚der A ist berechtigt, der B ist verpflichtet,' so constatiren wir nur das Vorhandensein eines gewissen Lebensverhältnisses und die

Art seiner Normirung durch das objective Recht. Da nun das Ideale sich nicht anders verwirklicht, als im Empirischen, so kann man ebensogut sagen: die einzelne Berechtigung oder Verpflichtung ist eine Seite des Lebensverhältnisses, als man behaupten kann: sie ist ein Moment im Leben des objectiven Rechtes.

In die Lebensverhältnisse nun greift allerdings der subjective Wille gar vielfach gestaltend ein, aber nur als einer unter vielen Factoren.[101]) Kann man ernstlich die Begründung der Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern auf einen subjectiven Willen zurückführen? Einen verhältnißmäßig wie geringen Anteil an der Gestaltung des Erbganges hat sehr oft das Willensmoment, namentlich wenn man die Intestat-Erbfolge nicht (wie die Naturrechtslehrer taten) auf den Willen des Verstorbenen zurückführt. Der wahre Motor beim Erbgange ist ja der Tod, der Wille bestimmt höchstens die Richtung der Bewegung. Blicken wir in's Sachenrecht, so sehen wir auch da neben dem Willen Naturkräfte als rechtserzeugende und -zerstörende Factoren. Früchte wachsen auf meinen Bäumen, das Wasser trägt meinem Grundstück Erdreich zu, das Feuer zerstört meine Sachen u. s. w.

Und selbst das Obligationenrecht, das so recht als das Gebiet des subjectiven Willens gilt, wird richtiger verstanden, wenn man es von der Seite des materiellen Substrates betrachtet. Das Ineinander-Greifen der Privatwirtschaften, deren keine ein isolirtes Dasein hat, der in beständiger Veränderung begriffene Bestand der Vermögen ist dieses Substrat. —

---

[101]) Wie denn auch im Strafrecht neben ihm ein objectiver Factor (der Erfolg) in Betracht kommt. — Uebertreibungen nach der einen Seite bei Schmalz, Handb. d. Rechtsphil. (1807) S. 96, 97: „keine bloßen Willenserklärungen, sondern allein Tatsachen erwerben uns Rechte"; — nach der anderen Seite bei Hälschner, die L. v. Unrecht und seinen verschiedenen Formen (Festschrift, Bonn 1869), S. 6: Im Rechtsleben „ist der Wille die allein (?) . . . Erfolge verursachende Macht. Es ist daher das Recht jedem Einfluß elementarer Gewalten entzogen" (?) . . . . S. 19: „die concreten Vermögensberechtigungen werden durch den Willen der Privatpersonen geschaffen;" übhpt. S. 19—21, wenn gleich auf S. 20 eine Einschränkung gemacht ist.

§. 8.
Obligationes ex re.

Die ältesten Obligationen oder doch diejenigen, welche am frühesten eine genauere Normirung erfahren haben, sind, wie J. Grimm bemerkt hat[102]) und wie das Wort „Schuldverbindlichkeit" uns erinnert,[103]) die Delictsobligationen. Siegel hat treffend bemerkt (S. 47), daß hier eine Forderung ohne Zutun des Gläubigers entstehe, wenn aber die Meinung dahin ginge, das obligatorische Verhältniß hier auf den Willen des Schuldners zu gründen, so wäre dies nicht richtig. Primär kommt nämlich hier die äußerliche Tatsache der Beschädigung in Betracht, erst in zweiter Linie der Wille, auf den (bei der culpa Aquilia oft in recht gezwungener Weise) diese Wirkung zurückgeführt wird. Dies zeigt sich am deutlichsten in jenen Gesetzgebungen, welche die Beschaffenheit des Willens, die Abstufungen des Verschuldens bei der Ausmessung der Ersatzpflicht nicht berücksichtigen. Ja vielfach zeigt sich die Tendenz, selbst den von einem Unzurechnungsfähigen gesetzten Schaden dem Beschädigten zu ersetzen.[104]) Auch tritt bei vielen der Quasidelicte das subjective Moment gar sehr hinter das objective zurück (vollends bei den Noxalklagen). Darum heißt es von

---

[102]) Vorrede zu E. F. Rößler's Altprager Stadtrecht (I. Bd. d. deutsch. Rechtsdenkm. in Böhmen u. Mähren) (1845) S. III: „In unserem alten Recht war die obligatio ex delicto sicher mehr im Gebrauch, als die obl. ex pacto, der Schuldner ist gewöhnlich der, welchem oblag, Wunde oder Todtschlag zu bezahlen." — Aus gleichem Grunde ist bei allen Völkern das Strafrecht früher präcisirt, als das Verkehrsrecht. Vgl. Wilda, Strafrecht der Germanen (1842), Vorrede, pr.

[103]) Womit noch nicht behauptet ist, daß „Schuld" primär das Delict (genauer: dessen subjective Seite), secundär die obligatio bedeute. Ueber die ursprüngl. Bedeutung jenes Wortes s. die Beilage.

[104]) Vgl. österr. a. b. Gb. §. 1310; preuß. L. R. I. Tit. 6. §§. 41 fg.; Arndts civil. Schftn. III. S. 463, 464, 504 fg. — Ist dies vielleicht ein germanischer Zug? — Auch im Strafrecht sahen ja die Germanen sehr auf den Erfolg, im Gegensatz zu dem römischen „voluntas spectatur, non exitus" (l. 14 D. 48, 8).

den Delicts- (und Quasidelicts-) Obligationen: „omnes ex re nascuntur" (pr. Inst. IV, 1). Gaius (l. 4 D. 44. 7): „Ex maleficio obligationes . . . omnes unius generis sunt; nam hae re tantum consistunt (i. e. ipso maleficio), quum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistunt, sed etiam verbis et consensu."

Ein Gegenstück zu den Delictsobligationen — und dies ist m. W. bisher noch nie bemerkt worden — ist die negotiorum gestio. Dort eine schädliche, hier eine nützliche Einwirkung auf ein fremdes Vermögen. Dort erwächst aus dem Schaden für den Urheber eine Pflicht, hier aus dem Nutzen [105]) ein Anspruch, so daß der zu verschiedenen Zeiten ausgesprochene Gedanke: die Gesetze sollten nicht nur Strafen, sondern auch Belohnungen in Aussicht stellen, [106]) hier anzuklingen scheint. Aber — könnte man einwenden — diese Antithese paßt doch nur auf die a. neg. gest. contraria, die ja doch, wie actiones contrariae übht. etwas Nebensächliches ist. Die erste Hälfte dieser Einwendung wäre richtig, die zweite falsch. Die a. contraria hat hier, wie beim mandatum qualificatum, [107]) offenbar ein Uebergewicht über die a. directa; ja die ganze neg. gestio verdankt ihre selbständige Ausprägung in erster Linie der Rücksicht auf die neg. gestores, deren Sicherung mittelbar wieder ein Interesse der domini neg. ist. M. a. W.: diese ganze Theorie wäre um der a. neg. gest. directa willen gar nicht erfunden worden. Den

---

[105]) Daß der Begriff des utiliter gestum von der ausgebildeten Theorie innerlicher, nämlich vom definitiven Erfolge unabhängiger bestimmt worden ist, ändert nicht die principielle Bedeutung obiger Bemerkung. Des effectiven Nutzens wegen ist dieser „Quasicontract" erfunden (d. h. rechtlich anerkannt) worden; wollte man aber diesen Zweck erreichen, so mußte man den Schutz des neg. gestor auf alle Fälle ausdehnen, wo er eines solchen würdig ist. Wer möchte sonst negotia geriren! (l. 1 D. III. 5).

[106]) So Oliv. Goldsmith, Herbart u. A. — Vgl. Ulpian in l. 1 §. 1 D. I. 1: „bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes." — Freilich tritt dieser Gedanke in unserem Falle, wo das praemium nur in der Sicherung gegen damnum besteht, nicht so deutlich hervor, als z. B. bei der lex Julia et Papia Poppaea. —

[107]) Girtanner Bürgschaft, I. S. 62.

dominus negotii konnte man mit Delicts- und Bereicherungsklagen zur Genüge schützen; für den neg. gestor fehlte es schon darum an einer Klage, weil man jedem Anspruch von seiner Seite die unerbetene Einmischung in fremde Angelegenheiten entgegenhalten konnte. Dazu stimmt ganz gut die Darstellung in den Dig. III. 5. In der ersten Stelle wird angedeutet, daß „magna utilitas absentium versatur“, wenn sich Andere zur neg. gestio leichter entschließen, sich gesetzlich geschützt wissend. In der zweiten Stelle sagt Gajus: wie der neg. gestor für etwa angerichteten Schaden aufkommen müsse, so solle er, wenn er seine Sache gut gemacht hat, auch seinerseits gegen allen Schaden gesichert sein. (Et sane sicut aequum est, ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non, ut opportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet, ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est.) — Nach zwei Richtungen kommt also auch hier die objective Tatsache einer wirtschaftlichen Aenderung in Betracht: Nutzen des dominus neg., und Aufwand (Schaden) des neg. gestor.[108])

Neben der Tatsache kommt dann allerdings die subjective Seite, die Zurückführung des Erfolges auf einen Willen, in Betracht, und wir sprechen von einer Handlung. Dann kann man vom Standpunkt der a. neg. g. directa sagen: ohne eigenes Dazutun, durch die alleinige Handlung eines Andern wird man hier Gläubiger (ähnlich wie beim Delict und einseitigen Versprechen); vom Standpunkt der a. n. g. contraria dagegen: ohne eigenes Dazutun, durch die alleinige Handlung eines Andern, wird man hier Schuldner (umgekehrt, als in jenen Fällen[109]). Und deshalb kommt es auf die Handlungsfähigkeit

[108]) Wenn Windscheid krit. Vjschft. I. S. 116 sagt: „das den Anspruch eigentlich Begründende ist hier nicht die Bereicherung, sondern die Absicht des Verlierenden . . ., der einseitige Wille des Gläubigers erzeugt hier eine Obligation“, — so kehrt er damit m. E. die natürliche Auffassung geradezu um. Unmöglich kann der einseitige Wille dessen, der Gläubiger werden will, Jemanden zum Schuldner machen, der dies nicht will. Die positive Voraussetzung des Anspruchs ist die wirtschaftliche Tatsache, erst in zweiter Linie kommt der animus in Betracht, indem namentlich der animus donandi den Anspruch ausschließt.

[109]) Bei den von Siegel behandelten Fällen liegt vor ein einseitiger Wille,

des dominus negotii nicht an, auch der furiosus z. B. wird Schuldner (l. 3 §. 5 D. III. 5).

Wir können nun neg. gestio und Delictsobligationen in den allgemeinen Gedanken zusammenfassen: die in Jemandes Vermögen durch die Tätigkeit eines Anderen herbeigeführte Aenderung ist der Grund des obligatorischen Verhältnisses; und gerichtet ist dieses auf eine gewisse wirtschaftliche Ausgleichung. [110]) —

Der neg. gestio benachbart ist die Gruppe der Bereicherungsklagen (condictiones sine causa im weit. S.). Diese Verwandtschaft ist nicht verkannt, sondern manchmal als Gleichheit aufgefaßt worden. Richtig bemerkt Windscheid (Pand. II. §. 430, N. 17 a. E.), daß die Römer die a. n. g. contraria möglicherweise unter den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung hätten bringen können, aber ebenso gewiß es nicht getan haben. Noch verwandter einer condictio ist die neg. g. a. directa in manchen Functionen, ja sie geht bei mangelnder oder unvollständiger Handlungsfähigkeit des neg. gestor sachlich sogar in sie über (l. 3 §. 4 D. III. 5: Pupillus si negotia gesserit, ... conveniri potest in id, quod

---

sich zu verbinden, bei der neg. gestio ein einseitiger Wille, den Anderen zu verbinden (nur daß dieser allein nicht den Ausschlag giebt: s. vorige N.); dort animus se alii obligandi, hier animus alium sibi obligandi.

[110]) In Binding's die Normen und ihre Uebertretungen (1872), I. S. 223, findet sich der Satz: „Die rechtliche Grundlage der sog. Delictsobligationen scheint mir genau dieselbe, wie bei der neg. gestio: der sog. Quasicontract.“ Also nahezu das Widerspiel des obigen Gedankens. Während dieser vornehmlich die a. contraria zum Gegenstande hat, stellt Binding die a. directa in den Vordergrund („derjenige, der sich mit dem fremden Vermögen befaßt, um die Interessen des Vermögensinhabers wahrzunehmen, und derjenige, der sich mit fremdem Vermögen befaßt, um es zu schädigen, gleichen sich darin, daß beide sich die Disposition über ein Vermögen anmaßen, das ihnen nicht zusteht“). Während oben die Aehnlichkeit dieser Obligationen in ihrem realen Moment erkannt wird, sucht es Binding in dem Willensmoment. M. a. W.: hier werden die Vertragsoblig. an die Delictsobl. herangerückt, bei B. umgekehrt die Delictsobl. an die Vertragsobl. S. §. 31 übhpt., insbes. S. 221 („es kann keinem Zweifel unterliegen, daß bei den sog. Delictsobl. die freie Handlung des Schädigers allein es ist, welche ihn obligirt“), S. 222 („er, sc. Delinquent, obligirt sich selbst“; . . . die obl. hat ihren Grund „in der Stellung, in welche sich dieser selbst zu dem geschädigten Vermögen gesetzt hat“).

factus est locupletior). — Bei den Condictionen nun ist es so allgemein anerkannt, daß die objective Tatsache der grundlosen (ungerechtfertigten) Bereicherung die eigentliche Basis des Anspruches sei, daß wir bei ihnen nicht verweilen wollen. Freilich ist das Willensmoment auch hier nicht gleichgültig, so wenig als bei der neg. gestio, aber es kommt nur in zweiter Linie in Betracht. Ungerechtfertigt erscheint nämlich bei den beiden wichtigsten Condictionen (der c. indebiti und der cond. c. d. c. n. s.) die Bereicherung darum, weil sie, obgleich durch den Geschädigten gesetzt, doch seinem wahren Willen zuwider ist (in den anderen Fällen wegen anderer Mängel des Willens).

An diese große Gruppe gränzt die noch umfassendere der Realverträge, welche die römischen Juristen „als die allgemeinste und natürlichste Obligationsart" [111]) voranstellen: Gaj. Jnst. III. 89 sq. ebenso in lib. II. Aureorum (l. 1 §. 1 sq. D. 44, 7); Justin. Inst. III. Tit. 13 sq.

Wer von der cond. ob causam dat. spricht, kann nicht der Innominatcontracte vergessen, und die Verwandtschaft der cond. indebiti mit der cond. mutui ist von den Römern selbst oft betont worden. [112]) Wie fein die Gränze manchmal ist (wenn auch stets erkennbar), zeigt die sogenannte condictio Juventiana; und sie zeigt noch mehr: daß auch beim mutuum — und dasselbe dürfen wir auch von den anderen benannten Realverträgen sagen — das objective Moment (die res) bei weitem das subjective (den Consens) überwiegt. [113]) Oft hat der Rückforderungsanspruch nur verschiedene Namen, je nachdem Consens der Parteien vorhanden war oder nicht. Das Wesen aller dieser Verträge besteht darin, daß res datur sub certa lege; diese lex bestimmt das Maß der Haftung und die Zeit der Rückgabe, und bildet die Gränze gegenüber der einfachen Veräußerung (l. 3 §. 1 D. 44, 7 Paul.). Der eigentliche Inhalt der Schuld aber ist bestimmt

---

[111]) Schmidt, der prinzipielle Unterschied S. 257. Vgl. Schmalz Rechtsphil. S. 168.

[112]) S. die bei Arndts Pand. §. 341. A. 1 allegirten Quellenstellen.

[113]) Vgl. Bekker Aktionen, Bd. I. Kap. VI, insbes. S. 116.

durch die res.[114]) Es ist schon von Anderen bemerkt worden, daß die res nicht neben litterae und verba als Form zu stellen,[115]) sondern als eine materielle Tatsache, als Setzung einer objectiven Aenderung zu verstehen sei, und darin liegt die Verwandtschaft dieser und der sogenannten Zustandsobligationen.[116]) Eine weit größere Bedeutung kommt schon dem Willensmoment bei den Innominatcontracten zu; aber gerade hier steht fest, daß der erzwingbare Anspruch auf Gegenleistung (die actio praescriptis verbis) einer späteren Zeit angehört als der auf Rückstellung des Geleisteten beim Ausbleiben der Gegenleistung (cond. c. d. c. n. s.). Dies ist eine der lehrreichsten Tatsachen, nicht bloß für den Romanisten, sondern auch für den Culturhistoriker und Rechtsphilosophen. Und auch das Bindeglied zwischen diesen beiden Perioden (die Erinnerung an die erste lebt in der zweiten als Reuerecht fort), ist, wenn ich nicht irre, noch wahrzunehmen: es ist die Anerkennung jener Doppelgruppe, bei der die Vorleistung in einem facere besteht. Denn die Ausübung eines Reuerechtes war hier nie gut denkbar; die condictio konnte nie das Geleistete selbst betreffen, nie auf ein einfaches restituere gerichtet sein, sondern auf Werterstattung. Da war es aber doch das Einfachste

---

[114]) Durch die res entsteht die Pflicht zur Rückgabe; durch die in der Hingabe verkörperte fides (das Anvertrauen des Einen und das Treueversprechen des Andern) tritt bei drei der benannten Realverträge neben den binglichen Anspruch ein persönlicher (neben die rei vind. z. B. die actio depositi). Beim vierten (mutuum) kommt die Verabredung namentlich für die Zeit der Rückforderung in Betracht. Die condictio ex mutuo könnte gewisser Massen als eine condictio causa finita unter die condictiones sine causa gestellt werden. An sich ist es offenbar dasselbe, ob ich die Rückforderung gründe auf das Versprechen, die Darlehns-Summe bei der Kündigung od. z. B. am 10. Mai zurückzugeben, oder auf die Tatsache, daß ich dem Andern mein Kapital nur bis zu diesem Zeitpunkt anvertraut habe, es sich also nach demselben sine causa, als ungerechtfertigte Bereicherung, bei ihm befinden würde. Damit will aber natürlich nicht bezweifelt werden, daß nur die erstere Auffassung positiv anerkannt ist; es soll nicht die Scheidung der Vertrags- und der Bereicherungsklagen verwischt, sondern nur gezeigt werden, wo die Gebiete der beiden an einander gränzen.

[115]) Auch Trendelenburg S. 189 macht diesen unter den Juristen sehr verbreiteten Irrtum mit.

[116]) Vgl. Brinz Pand. I. Aufl. S. 368 fg., Müller Instit. S. 307, N. 3.

und Befriedigendste, den Wortbrüchigen zur Gegenleistung zu verhalten, bez. den Ungehorsamen zu deren aestimatio zu condemniren, da durch den Vertrag beide Parteien erklärt hatten, diese Leistung als Aequivalent für die erste geben, bez. nehmen zu wollen. Es ist demnach eine verkehrte Vorstellung, daß die Realverträge etwas Künstliches, nur aus dem römischen Formalismus heraus zu Verstehendes seien. Das freilich kann in Frage gestellt werden, ob sie noch in dem heutigen formlosen „unplastischen" Rechtsverkehr eine Stelle haben [117]) — und es ist unzweifelhaft, daß z. B. das (verzinsliche) Darlehn h. z. T. richtiger als Kapitalsmiete,[118]) denn als Realvertrag aufgefaßt wird, — aber andererseits sollte das nicht bezweifelt werden, daß für die Entwicklung des Vertragsrechtes kein natürlicherer Ausgangspunkt gefunden werden kann, als die obligatio ex re. Jene Vorstellung verkennt die Bedeutung der res als einer ökonomischen Tatsache und läuft darauf hinaus: die res als ein Surrogat für die solenne Form anzusehen. Aber man könnte noch eher umgekehrt die solenne Form als ein Surrogat für die res betrachten (s. unten). Die Römer haben also Recht, wenn sie die Realverträge und überhaupt die obligationes ex re als obl. iuris gentium bezeichnen. §. 2 J. I. 2, insbes. aber l. 7 pr. §. 1, §. 2 D. II. 14. Gai. III. 132. [119])

Nach den Realverträgen sind hier die Fälle zu erwähnen, wo ein Contract beabsichtigt war, aber wegen mangelnder Handlungsfähigkeit nicht zu Stande kam. Auch da kann wegen des geänderten

---

[117]) Ueber diese Frage vgl. Unger in Jhering's Jahrb. VIII. Bd., S. 1 fg. u. die daselbst Citirten. Dazu Windscheid, II. §. 312, N. 5; §. 377, N. 3, §. 384, N. 7. — Vgl. auch hier N. 69.

[118]) Doch soll dies mehr ein Gesichtspunkt, als eine Definition sein. Vgl. Windscheid, II. §. 371, N. 6.

[119]) Arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur, quod genus obligationis iuris gentium est. Von den nom. transscriptica sagt Gai. III. 133: Sabino et Cassio visum est, si a re in personam fiat transscriptio etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari. Im letzteren Falle wird nämlich die zweite persona lediglich durch den Literalcontract obligirt (bez. gar nicht), im ersteren wäre die persona auch ohne diesen Schuldner; sie ist schon vor dem formellen Act aus dem zu Grunde liegenden (ökonom.) Geschäft obligirt.

wirtschaftlichen Tatbestandes eine gültige obligatio entstehen, ja es kann dabei sogar der Unfähige der Schuldner sein. Die Römer sagen: ex re venit obligatio; und sie geben zuweilen selbst die Contractsklage als utilis.[120]) Diese Fälle sind unter den Condictionenstandpunkt zu bringen und viele davon zeigen recht klar, eine wie untergeordnete Rolle das Willensmoment bei den Realverträgen spielt.

Auch der Anspruch ex lege Rhodia ruht auf materieller Grundlage und ist auf wirtschaftliche Ausgleichung gerichtet. Die mißlungene römische Construction, welche die actiones conducti und locati zu Hülfe nimmt, darf über die Natur dieses gar nicht aus einem Vertrage, sondern ex re entspringenden Anspruches nicht irre führen.[121]) Eine ähnliche Natur haben die Ansprüche aus einer communio incidens. Man beachte ferner das reale Moment bei der a. de in rem verso, bei der a. funeraria, der a. ad exhibendum, dem interdictum de glande legenda, dem int. de arboribus caedendis etc.

Ganz allgemein kann man ferner sagen: überall entstehen Obligationen, wo Jemand wissentlich eine fremde Sache detinirt. Man denke an die Verbindlichkeiten und Ansprüche des in possessionem missus (l. 9. l. 14 §. 1 D. 42, 5), zu deren Geltendmachung der Prätor eine der neg. gest. a. analoge actio in factum gab. Die Verwandtschaft mit den Realverträgen ist unverkennbar. Ja man könnte nach dem Muster des Realvertrages pignus eine Reihe von Realverträgen aufstellen, da solche in der Tat überall vorhanden sind, wo in Folge vertragsmäßiger Begründung eines ius in re aliena eine Sache in fremde Detention gegeben wird. Wie der Pfandgläubiger nach beendigtem Pfandverhältniß die Sache zurückstellen muß, für deren Beschädigung haftet, und Gegenansprüche geltend machen kann, genau so auch der Usuar, Usufructuar, bez. dessen Erben; nur daß der Inhalt dieser Ansprüche je nach dem Inhalt des dinglichen

---

[120]) Vgl. die bei Arndts §. 230, N. b und c angeführten Stellen.

[121]) Vgl. auch v. d. Pfordten S. 318, der sich für einen directen Anspruch der Eigentümer der vernichteten Güter gegen die der geretteten ausspricht, und das Verhältniß zwischen ihnen scharfsinnig mit einer communio incidens vergleicht.

Rechtes etwas verschieden sein kann. [122]) Diese Fälle werden übersehen, weil sie im römischen Recht nicht vorkommen. Die Römer operiren nämlich da mit Stipulationen (namentlich der cautio usufructuaria), Krücken, die man auf dem Standpunkt eines mittelst geübterer Reflexion ausgebauten Rechtssystems nicht braucht. Bei der conservativen Behandlung des römischen Privatrechts darf es nicht wundern, auch noch in der späteren Zeit solchen Zeichen seines stückweisen Ausbaues zu begegnen. [123]) Ein Realvertrag freilich ist nicht vorhanden, wo die Hingabe der Sache keine freiwillige ist, sondern der Berechtigte sein Recht zur Detention nicht von dem jetzigen Eigentümer ableitet, also überall, wo das ius in re aliena nicht auf Vertrag, sondern auf Testament, Ersitzung rc. beruht. Gleichwol ändert das nichts an dem Inhalte jener Ansprüche und Gegenansprüche; es ist also zwar kein Realvertrag, aber doch eine Realobligation da. — Auch die Verpflichtung zur Zahlung eines vectigal entspringt nicht überall aus einem contractus emphyteuticarius. Hiemit sind wir bereits aus dem eigentlichen Gebiet des Obligationenrechtes in die Gränzgebiete hinübergekommen. Ueberblicken wir nun auch die anderen Gebiete des Privatrechtes, so finden wir auch da obligatorische Verhältnisse. Sachen-, Familien- und Erbrecht enthalten eine Fülle solcher, so zu sagen secundärer Obligationen, für die es charakteristisch ist, daß das Willensmoment bei ihnen keine grundlegende Bedeutung hat. So ist es klar, daß die hereditatis petitio, und nach ihrem Muster die rei vindicatio, „praestationes quasdam personales habet" (l. 25 §. 18 D. V. 3), die doch aus keiner Willenserklärung, sondern aus dem absoluten Rechte des Einen und dem Besitze des Andern entspringen. — Ferner erwachsen auf der Gränze von Eigentum und ius in re aliena manchfaltige Obligationen (s. z. B.

---

[122]) So z. B. muß der Fruchtnießer gewisse Lasten aus Eigenem bestreiten §. 512 bgl. G. B.) was beim Pfandinhaber nicht der Fall ist.

[123]) Etwas ähnliches ist auf ganz anderem Gebiete die cautio damni infecti. Sie wäre unbegreiflich, wenn das römische Schadensersatzrecht nach einheitlichem Plan auf allgemeine Prinzipien basirt worden wäre. Das sind eben Styldissonanzen, die uns erinnern, daß auch das römische Recht nicht in Einem Tage erbaut worden ist!

§§. 513, 514, 520 a. b. Gb.), welche schon deshalb nicht auf den Willen der Parteien zurückgeführt werden können, weil jura in re aliena nicht gerade durch Vertrag begründet worden sein müssen. Ebenso ist das Ende solcher Berechtigungen oft der Anfang obligatorischer Verhältnisse (s. z. B. §. 519 a. b. Gb.), indem eben an die Stelle des Rechtes zur Detention die Verpflichtung zur Restitution tritt.

Was das Familienrecht betrifft, so bedarf es keines Beweises, daß die auf diesem Boden erwachsenden Verbindlichkeiten (die sog. officia) u. zw. auch die auf pecuniäre Leistungen gerichteten nur selten und auch dann nur mittelbar auf einen Willen zurückzuführen sind, so z. B. die Dotationsverbindlichkeit des Adoptiv-Vaters; denn der Adoptionsvertrag ist nicht direct auf jene Wirkung, sondern zunächst nur auf die Begründung juristischer Qualitäten (sog. Statusrechte) gerichtet.

Wesentlich anders schon verhält es sich im Erbrecht. Zwar wird der heres necessarius Schuldner ohne seinen Willen, und der Wille des heres voluntarius ist primär ein Erwerbs-, kein Verpflichtungswille; allein es handelt sich hier teils nur um den Uebergang schon begründeter Verhältnisse (Erbschaftsschulden), teils um neu entstehende (nämlich Vermächtnisse), die aber allerdings auf einen subjectiven Willen, auf das legem dicere rei suae von Seiten des Testators zurückzuführen sind. Eine gewisse Verwandtschaft mit den früher besprochenen Obligationen ist dennoch auch hier nicht zu verkennen; denn der B (Erbe) ist nicht schon dadurch allein, daß A das Vermächtniß gewollt hat, Schuldner, sondern er wird dies erst durch das Hinzutreten der andern Tatsache, daß eben er (B) Erbe des A geworden ist.

§. 9.

Der Grund des Vertragsschutzes.

So alt als die Unterscheidung von Recht und Schlecht ist der Glaube, daß Verträge gehalten werden sollen. In allen Cultursprachen ward „solch' teu're Wahrheit verfochten", und in anderen nur darum nicht, weil auch nie bestritten. Es soll hier nicht die Blumenlese

biblischer, griechischer und römischer Aussprüche, die sich bei Grotius und Pufendorf findet, wiederholt oder vervollständigt werden. Nur daran sei erinnert, daß auch die Römer, deren Vertragssystem sich soweit von dem „pacta sunt servanda“ zu entfernen scheint, über das Vertraghalten nicht anders reden, als die Modernen. Ist doch nach Cicero (de offic. I. c. 7) das fundamentum iustitiae die fides i. e. dictorum conventorumque constantia et veritas. Und ein Mann, der seiner Abstammung nach ein Punier, seiner Bildung nach ein römischer Jurist war, Ulpian, hat gesagt: Quid tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos (nos?) placuerunt servare? (l. 1 pr. D. II. 14). Und nochmals: Praetor custodit constituta ex consensu facta, quoniam grave est, fidem fallere (l. 1 pr. D. XIII. 5). Trotz dieser allgemeinen Uebereinstimmung gehen die Ansichten doch auseinander, sobald man nach dem Rechtsgrunde der verbindenden Kraft der Verträge fragt. Auf dem Boden des positiven Rechts hat diese Frage eine andere Bedeutung, als auf dem philosophischen Standpunkt. Hier nämlich bedeutet sie dieses: warum bestimmen die Gesetze, daß Verträge verbinden? und warum billigen wir diese Gesetze?

Die Untersuchung muß diese Frage in zwei auflösen: 1) warum verbindet der Vertrag? 2) ist gerade ein Vertrag notwendig, um zu verbinden? genügt nicht auch das nichtangenommene Versprechen? Anders ausgedrückt: 1) ist der Vertrag genügend, um zu verbinden? 2) ist ein vollständiger Vertrag notwendig, oder genügt schon die eine Hälfte desselben, nämlich das Versprechen allein? Die zweite Frage läßt sich auch so stellen: welche Bedeutung kommt der Annahme des Versprechens zu? — Die erste Frage nun soll in diesem, die zweite in einem späteren Paragraphe untersucht werden. —

Zunächst könnte man die Antwort in der Natur des Willens selbst suchen und etwa behaupten: der Wille solle den Vorsatz als ein selbstgegebenes Gesetz achten. Allerdings wird der tenax propositi vir höher geachtet, als ein Mensch, dessen Haltung wechselt, wie die des „schwanken Rohres im Winde“. Aber ist schon das Vorsatzändern nicht immer tadelnswert, so ist vollends nicht einzusehen, wie ein Dritter aus meinem Vorsatz ein Recht ableiten könnte. Habet

animus humanus non tantum naturalem potentiam mutandi consilium sed et ius.[124])

Keine Beachtung verdient **der** Grund: der Vertragbrüchige bringe sich um allen Credit und mache sich unglücklich.[125]) Denn die subjective Nützlichkeits- und Glückseligkeits-Lehre ist m. E. übhpt. unfähig, das sittliche und das Rechts-Leben zu erklären.

In den meisten, von Alten und Neuen vorgebrachten Erklärungen kehren trotz aller Mannigfaltigkeit in der Ausführung, zwei Gedanken immer wieder: **Pflicht zur Treue**, und **Verkehrsbedürfniß**.

Indem wir die Vorführung der wichtigsten dieser Meinungen späteren Paragraphen vorbehalten, sei hier nur bemerkt, daß jeder dieser Gedanken ein großes Stück Wahrheit enthält; die ganze Wahrheit ergibt sich aus einer Combinirung und Vertiefung der beiden.

Es ist hier nicht der Ort, die letzten Gründe des Rechtes zu untersuchen. Nur als subjective Ueberzeugung kann es hier ausgesprochen werden: daß das Recht seinen **Grund** in der Sittlichkeit, sein **Maß** im Verkehrsbedürfniß hat, m. a. W., daß die Rechtsgebote ihren Grund in Sittengeboten, ihre nähere Bestimmung und Begränzung in Verkehrsgeboten haben. Also das Ethos einerseits, die necessitas und utilitas andererseits verhalten sich, wie Substanz und Form.

Der ethische Grund des Vertragsrechtes nun ist die **fides**. Es ist unsittlich, das berechtigte, von uns selbst absichtlich hervorgerufene Vertrauen eines Anderen zu täuschen: grave est, fidem fallere. Daraus folgt: 1) **nicht mein Wort** verbindet mich, wenn dadurch Niemand zu einem Vertrauen bestimmt wurde; 2) **nicht das Vertrauen des Andern** verbindet mich, insoferne ich es nicht hervorgerufen habe, vielleicht davon gar nicht weiß;[126]) 3) ebensowenig bin ich dann **contractlich** verbunden, wenn ich das Vertrauen ver-

---

[124]) **Grotius** de iure belli et pacis, lib. II. cap. XI. §. 2.

[125]) **Feder** Lehrb. d. prakt. Philos. II. §. 18 S. 36 führt unter den Gründen für das Halten-Müssen des Vertrages auch diesen an, erkennt ihn jedoch selbst als nicht hinreichend.

[126]) Weiß man davon, so kann es Pflicht sein, den Irrenden aufzuklären. Doch gehört dies nicht her.

anlaßt habe, aber nicht absichtlich;[127]) 4) ich bin nicht verbunden, wenn das Vertrauen des Andern ein unberechtigtes war. Alles kommt nun darauf an, dieses Wort richtig zu verstehen. Denn mißversteht man es, so gerät man in folgenden Zirkel: der Vertrag berechtigt zum Vertrauen; nur berechtigtes Vertrauen macht den Vertrag bindend. Die Lösung ist diese: das Vertrauen ist immer ein berechtigtes, wenn es nicht aus einem ganz besonderen Grunde unberechtigt ist. Der Inhalt eines Versprechens kann von der Art sein, daß der darauf sich Verlassende nicht durch eine Arglist des Andern, sondern vana simplicitate deceptus est.[128]) Solche Fälle lassen sich auch unter Nr. 3 stellen. Ein unberechtigtes Vertrauen ist es ferner, wenn mir Jemand ein Versprechen erpreßt, abzwingt und dann sich darauf verläßt. Er hat kein Recht, mir zu trauen. Es ist die äußerste Verkehrtheit der Gesinnung, völliger Mangel an Rechtsgefühl (iustitia), wenn man für sich und für Andere so verschiedene Maßstäbe hat, daß man von ihnen die übertriebenste Gewissenhaftigkeit in derselben Angelegenheit voraussetzt, in der man gewissenlos gegen sie gehandelt hat. Ein tiefsinniger Denker[129]) hat geläugnet, daß jede Lüge unsittlich ist. So gewiß man unter Umständen berechtigt sei, Jemanden zu ermorden (d. h. absichtlich zu tödten: Notwehr), so gewiß sei man unter Umständen berechtigt, Jemanden anzulügen (d. h. ihm absichtlich etwas Anderes zu sagen, als man denkt und beabsichtigt). Und so viel ist gewiß: die Unsittlichkeit der Lüge besteht nicht in dem bewußten

---

[127]) Inwiefern dann eine Ersatzverbindlichkeit oder eine bloß sittliche Pflicht entstehen kann, ist hier nicht zu untersuchen.

[128]) Z. B. „Tausend Ducaten für eine Wanze!“ Der Zweck solcher abgeschmackten Annoncen ist ja nicht, zu täuschen, sondern aufzufallen.

[129]) Schopenhauer, die beiden Grundprobleme der Ethik (Frankf. a. M. 1841) S. 226—230. Aehnlich dachte hierüber der ihm sonst so unähnliche Herbart (sämmtl. Werke, herausgeg. v. Hartenstein, VIII. 63—65), der aber nicht so weit geht, u. in ähnlichen Fällen die Lüge „entschuldigt“, wo sie Sch. für berechtigt erklärt. — Rotteck, Lehrb. d. natürl. Privatrechts (1829) S. 189: „Die Widerrechtlichkeit der Lüge, wo sie Statt findet, kann weit eher aus der Verbindlichkeit der Verträge, als diese aus jener erwiesen oder abgeleitet werden.“ Er nimmt nämlich einen stillschweigenden Vertrag über Wahrheit-Sagen an. Richtig ist dieses: Widerrechtlichkeit der Lüge und des Vertragsbruches haben denselben Grund: die Heiligkeit der fides.

Sagen einer Unwahrheit, der absichtlichen Nichtübereinstimmung von Gedanke und Aeußerung, sondern in der Täuschung berechtigten Vertrauens; also in einem Momente, das sie mit anderen Formen der Treulosigkeit gemein hat.[130])

Wenn wir nun dies Detail als ein- für allemal abgetan bei Seite setzen, so können wir sagen: beim obligatorischen Vertrag kommt in Betracht die Willensäußerung des Einen und das Vertrauen des Andern.[131]) Und damit ist schon jetzt die wichtige Erkenntniß gewonnen, daß auch bei obligatorischen Verträgen nicht der Wille als solcher, sondern als Handlung in Betracht kommt, d. h. nicht als eine in sich beschlossene, sondern als eine über sich hinausgreifende, Aenderungen setzende Tatsache. Nur soferne sie Vertrauen absichtlich erweckt hat, bindet die Willenserklärung den Erklärenden. „Is natura debet, ... cuius fidem secuti sumus." (Paul., l. 84 §. 1 D. de R. J.)[132])

---

[130]) Abgesehen von denjenigen Fällen, wo eine besondere Pflicht zur Treue vorliegt, giebt es drei Formen der Versündigung gegen die fides humana: 1) anders wissen, anders sagen (Lüge schlechtweg — potenzirt: assertorischer Meineid); 2) anders beabsichtigen, anders versprechen (falsches Versprechen, eine bes. qualificirte Lüge — potenzirt: promissorischer Meineid); 3) das in ehrlicher Absicht Versprochene (aus Trägheit, Habgier, Feigheit ꝛc.) nicht halten, nicht leisten (Wortbruch — Eidbruch). Ein Wortbruch steckt immer zugleich auch im zweiten Fall; als Plus kommt hier aber hinzu, daß der Wortbruch im Moment des Versprechens schon beabsichtigt war, dieses also zugleich eine lügenhafte Aussage enthielt. Die drei Formen verhalten sich demnach so: 1) Lüge (Meineid), kein Wort- (Eid-) bruch, 2) Lüge (Meineid) und Wort- (Eid-) bruch, 3) Wort- (Eid)-bruch, keine Lüge (kein Meineid). Freilich ist die zweite Form noch empörender, als die dritte, dies aber deshalb, weil die Perfidie noch größer ist (es wird ein Vertrauen geweckt, um getäuscht zu werden, was im dritten Falle nicht geschieht); — da aber gewiß auch die dritte Form unsittlich ist, bei der doch keine Disharmonie von Meinen und Sagen vorliegt, so folgt daraus zweierlei: a) daß die Heiligkeit des Vertrages nicht aus der Unsittlichkeit des Lügens zu erklären ist, b) daß letztere selbst nicht in dem Momente, das der Lüge allein eigen ist, sondern in einem solchen, daß sie mit anderen Schändlichkeiten gemein hat, zu suchen ist, nämlich: in der Perfidie. — Streitig kann also an Schopenhauer's Behauptung nur das sein: ob man ein Recht habe zur Täuschung eines unberechtigten Vertrauens.

[131]) Die Anwendung auf zweiseitige Verträge ergiebt sich von selbst.

[132]) Dies drückt sich schon in den Worten creditor, Gläubiger, Credit aus,

Ueberall und seit jeher hat der gesunde Instinct des Rechtslebens die Bedingungen der verbindlichen Willenserklärung so bestimmt, „daß man dabei mehr die Rücksicht auf das beim Gläubiger erweckte Vertrauen, als auf den Willen des Versprechenden, an sich betrachtet, im Auge hatte." (Girtanner Stipulation S. 459. 460.)

Die andere Seite unserer Begründung ist das Verkehrsbedürfniß. Die ersprießliche Gemeinschaft der Menschen („die menschliche Gesellschaft") wäre unmöglich, wenn man sich auf Verträge nicht verlassen könnte. Diese sind nämlich Tatsachen nicht bloß des ethischen, sondern auch des ökonomischen Lebens. Auf das Versprechen „baut" der Promissar, wie der sinnige Ausdruck lautet, und er muß darauf bauen, d. h. seine weiteren ökonomischen Vorkehrungen gründen. In diesem Vertrauen [133]) macht oder auch unterläßt er anderweitige Anschaffungen; in diesem Vertrauen gewährt er schon jetzt dem andern Contrahenten Vorteile u. s. w. So wird das Versprechen zu einem Factor im ökonomischen Leben, zu einer objectiven, d. h. abgesehen von der sittlichen Würdigung (materiell) relevanten Tatsache. Haben wir nun schon früher bei einer sehr großen Anzahl von Obligationen (den Delicts-Obligationen, neg. gestio, Condictionen, Realcontracten 2c.) gesehen, daß eine wirtschaftliche Aenderung ihnen zum Grunde liegt,

---

ferner in zahlreichen Redewendungen: fidem alicui dare versprechen, dem das fidem alicuius sequi von der anderen Seite entspricht; in fide manere sein Wort halten, im Worte bleiben; fidem suam solvere, persolvere, liberare sein Wort einlösen, sein Versprechen erfüllen; alicuius fidem solvere Jemanden seines Wortes entbinden; ferner: fidem suam obligare, adstringere, interponere; dann: fidem frustrari, fallere, violare, fidem contractus frangere (l. 25 pr. D. 13. 5; l. 6 Cod. IV. 39, l. 1 §. 4 D. 16. 3), fidem rumpere (l. 5 pr. D. eod.) (vgl. „sein Wort brechen, den Vertrag brechen"); fideiubere, fidepromittere etc.

[133]) Dieses Vertrauen wird verstärkt durch den rechtlichen Schutz (d. h. die juristische Verbindlichkeit der Verträge), entspringt aber nicht erst aus ihm. Sonst wäre ein Zirkel da: wegen des Vertrauens sind Verträge für verbindlich erklärt; u. weil Verträge verbinden, traut man ihnen. Richtiger ist dies: das Vertrauen des Einen, sowie das Nichttäuschen des Anderen ist eine natürlich-sittliche Tatsache, fidei humanae conveniens est. Das Wort fides bedeutet beide Seiten des Verhältnisses (vgl. Girtanner, die Stipulation S. 151), wie denn auch im deutschen Sprachschatz Trauen und Treue nicht weit auseinander liegen.

so sehen wir jetzt, daß auch bei den Consensual- und Formalcontracten ein ähnliches Moment sich wirksam erweist, daß auch hier nicht der bloße Wille direct die Obligationen schafft (und indirect schafft er sie ja auch z. B. bei Delictsobligationen). Dennoch ist ein großer Unterschied zwischen dieser Gruppe der Obligationen, und jenen anderen, die wir obligationes ex re genannt haben. Hier kommt das wirtschaftliche Moment in concreto, dort in abstracto in Betracht; hier ist sie causa debendi im einzelnen Falle, dort das legislative Motiv, weswegen den Verträgen ein- für allemal bindende Kraft beigelegt worden ist.

Das ist m. E. das Verfehlte an der Girtanner'schen Auffassung,[134]) daß er, diesen Unterschied zwischen den beiden Obligationsgruppen verwischend, die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Momentes bei der hier zur Untersuchung stehenden Gruppe viel zu concret nimmt. So auf S. 386, wenn er sagt: nicht der Wille, wie er im Consense sich ausspricht, gebe das Prinzip der Klagbarkeit ab, sondern das durch gerechtfertigte bona fides veranlaßte Vermögenshandeln (m. a. W. der dadurch bewirkte Vermögenszustand) — das „bona fide gestum". So S. 388: die Einigung sei bindend, sofern sie einen das Vermögen influirenden Vertrauensact zur Folge hat. Bei diesem Bestreben, die Consensual- und Formalverträge fast auf Eine Linie mit den obligationes ex re zu stellen (vgl. S. 401, 421 fg.), mußte Girtanner oft zu Künsteleien gedrängt werden; er mußte namentlich bei den Formalcontracten die „Vermögenshandlung" so sehr abschwächen, daß die Frage berechtigt ist, „ob jene denn nach dieser Abschwächung überhaupt noch irgend etwas sei?"[135]) Sieht man aber von dieser Versächlichung der fides ab, löst man die angeblich in concreto bindende res in die abstracte legislative Berücksichtigung der fides, „auf der aller menschliche Verkehr beruht" (S. 148), auf, so bleibt ein Gedankengang übrig, der mehr Beachtung verdiente, als er gefunden hat. So sehr ist vieles in diesem merkwürdigen Buche

---

[134]) Girtanner, die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligation (Kiel 1859). Dazu die strenge Kritik von Windscheid in d. krit. Vjschft. I. Bd. S. 427—437.

[135]) Windscheid a. a. O. S. 431.

Gesagte nach meinem Sinne, daß ich mir nicht versagen kann, Einiges herzusetzen. S. 152: „Fides ist im Vermögensrechte zu prästiren zunächst und unzweifelhaft von dem, welcher seine fides als Stützpunkt einem Andern ausdrücklich darbietet, dessen Vertrauen bewußter Weise in Activität setzt; m. a. W. als ursachliches Verhältniß und weil es das ist, hat die fides im Vermögensrecht Bedeutung und bildet die eine der Grundlagen des Obligationenrechts." Vgl. noch S. 342 fg., 455 fg., 462, 490 fg.

Dieser gesunde Kern des Girtanner'schen Buches ist in Windscheid's Recension (s. N. 134) verkannt. Die Behauptung, daß bei allen Stipulationen „im letzten Grunde das Entscheidende lediglich der Wille des Versprechenden sei" (S. 428), ist gewiß unrichtig, und die triftige Bemerkung G.'s (S. 342), ein Argument für seine Ansicht liege auch darin, daß es nicht genügt, wenn von beiden Seiten der Wille übereinstimmend erklärt wurde, daß vielmehr jeder Contrahent dem andern gegenüber seinen Willen erklären müsse, wird durch die Gegenbemerkung W.'s (S. 429) nicht entkräftet. Wenn endlich W. (S. 428) Girtannern vorwirft, er versuche nicht einmal eine positive Begründung seines Grundgedankens; es handle sich nicht um seine abstracte Richtigkeit (und auch diese läugnet W.), sondern um den Nachweis, daß es ein römischer Gedanke sei, — so ist hiegegen Folgendes zu erinnern. Die hier mitgeteilte und vertretene Auffassung dürfte für das Vertragsrecht der meisten Culturvölker zutreffen, am wenigsten aber sollte sie bezweifelt werden gerade für das römische Recht, wo die ganze Entwicklungsgeschichte des Contractssystems, dieses von der res ausgehende[136]), langsame, stückweise, fast zaghafte Erweitern des Gebietes bindender Verträge, so deutlich zeigt, daß mit dem Willen allein, dem „duorum pluriumve consensus", nichts gesetzt und nichts erklärt ist. In der Tat ist diese Geschichte ein Beweis im Lapidarstyl, überzeugender als einzelne Sentenzen sein könnten. Und selbst, wenn unsere Ansicht in gar keinem römischen Ausspruch sich angedeutet fände (es verhält sich bekanntlich anders!), so wäre dies ganz irrelevant. Sind doch die unreflectirten Gedanken

[136]) Vgl. Schmalz Handb. d. Rechtsphilos. S. 168.

die productivsten, das unbewußte Wissen ist das tiefste und sicherste, weil unbezweifelte. —

Resultat: Das sittliche und das sociale Bedürfniß zusammen erzeugen das Rechtsgebot, das den Promittenten zur Leistung verhält. Die materielle (d. h. die dem Sittlichen fremde) Seite dieser Begründung bewährt sich in den Incongruenzen von Sitten- und Rechts-Gebot. So ist z. B. der zweiundzwanzigjährige sittlich in der Regel völlig zurechnungsfähig, während sein Versprechen (z. B. nach österr. R.) nicht ohne weiteres rechtlich verbindend ist. So verlangen manche Gesetzgebungen (und sie sind deshalb zu loben!) irgend eine Form des Vertragsschlusses (wo keine res intervenirt); und gerade die unsittliche Täuschung, die in Folge dessen Einzelne erleiden, kommt der Sicherheit des Verkehres im Ganzen zu Statten. So divergirt das, die utilitas berücksichtigende Recht mannigfach von dem Sittengebot.

§. 10.

Die Willenserklärung des Promissars.

Wir wenden uns nun der anderen Seite der Frage zu und untersuchen die Bedeutung der Annahme des Versprechens, oder allgemeiner [um auch das „abgenommene, nicht blos das angenommene Versprechen", [137]) d. h. den römischen sowol, als den germanischen Vertrag in den Kreis der Betrachtung zu ziehen], die Bedeutung der Mitwirkung des andern Teils, der Erklärung des Promissars. Denn nachdem wir gehört haben, daß man Gläubiger werden kann ohne sein Dazutun, ohne Wissen und Willen, ferner, daß der germanische Vertrag vom Promittenten ausgeht, liegt der Zweifel nahe, ob denn überhaupt die Mitwirkung eines zweiten Willens einen inneren Grund oder aber nur die äußere Sanction der Gesetze für sich habe.

Diejenigen, welche in jedem Vertrage eine Veräußerung, eine Rechtsübertragung erblicken, stellen die Erklärung des Promissars als eine Erwerbshandlung auf Eine Stufe mit der Besitzergreifung des Occupanten oder dem Apprehensionsact bei der Tradition. Dies gilt

[137]) Unger in Grünhut's Ztschft. I. S. 358.



sowol von denen, welche als Object dieser Veräußerung ein Vermögensrecht denken (Lehre vom ius ad rem! vgl. bgl. Gsb. §. 861 mit §. 307), wie von denen, welche von einer partiellen Veräußerung der Freiheit reden.[138])

Vom Standpunkte der hier verteidigten Anschauung kann es kaum einem Zweifel unterliegen, warum in der Regel der ganze Vertrag zur Begründung einer Verbindlichkeit erfordert werde, warum nicht eine einseitige Erklärung genüge. Die fides ist, wie gezeigt wurde, ein Verhältniß, und zu jedem Verhältniß (jeder Relation) gehören mindestens zwei Wesen, hier zwei Personen. Obligirend wirkt eben nach unserer Ansicht nicht schon der Wille des Promittenten für sich, sondern sofern er als causales Moment in die Außenwelt getreten ist. Aber auch das Vertrauen des Andern ist nicht allein entscheidend, sondern nur sofern es durch jenen Willen absichtlich hervorgerufen wurde. Und hierin liegt nicht nur das Erforderniß der zwei Willensmeinungen und -Erklärungen, sondern auch ihrer Congruenz, also des Consenses. Der Teil des Versprecher-Willens, der eingestandener oder nachgewiesener Maßen nicht zum Bewußtsein des Promissars gelangte, gilt nicht, weil er nicht causal wird; der Teil des Vertrauens des Letzteren, der nicht auf dem Versprechen, sondern dessen Mißverständniß oder subjectiver willkürlicher Deutung (überspannter Erwartung, grundloser Hoffnung) ruht, kommt ebenfalls nicht in Betracht. Deshalb wenn in Folge eines „Verhörens" der Eine an vier, der Andere an fünf Hundert denkt, so gilt der Vertrag nur für die kleinere Summe, ob nun der Promittent oder der Promissar die größere im Sinne hatte. — Die beiden Erklärungen verhalten sich demnach so: der Eine verpfändet seine Treue, der Andere erklärt trauen zu wollen.[139]) Bei zweiseitigen Verträgen kommt noch hinzu, daß jede der beiden Leistungen als Gegenleistung, als Aequivalent für die andere versprochen wird. Die eine wird versprochen in Voraussetzung der anderen und umgekehrt, so daß der Wille jedes der beiden Teile sich selbst einschränkt auf diese Voraus-

---

[138]) S. unten §. 14.

[139]) Die deutsche Sprache übersetzt „fides" — die beiden Seiten dieses Verhältnisses zerlegend — mit „Treue und Glauben".

setzung. M. a. W. die Erwartung der Gegenleistung ist causa für das Versprechen der Leistung; und darin liegt die Verwandtschaft solcher Consensualverträge mit den Innominatcontracten. Die zwei Versprechen und Annahmen sind im zweiseitigen (bezeichnender: gegenseitigen) Vertrag nicht äußerlich addirt, zusammengeleimt, sondern sie sind mit einander verwachsen, indem jede der beiden Erklärungen zugleich Versprechen und Annahme ist, so zwar, daß die Annahme zugleich die Erklärung der causa des Versprechens ist. Die Vorstellung von der Willensbestimmung des Mitcontrahenten ist also bestimmend für den Entschluß und Willen jedes der Contrahenten, weßhalb hier der Consens eine potenzirte Bedeutung hat.[140]) Dies erkennt auch Siegel an, indem er dort, wo er die Bedeutung der Annahme abschwächend darstellt, den zweiseitigen Vertrag ausdrücklich ausnimmt (S. 47 N. 2).

Nur darin weichen diese und die Siegel'sche Auffassung von einander ab, daß in der letzteren die Bedeutung der Mitwirkung des Promissars etwas unterschätzt erscheint. Sie wird immer als regelmäßiges Erforderniß zu Entstehung einer nicht ex testamento oder ex re entstehenden Obligation zu betrachten sein. Die Annahme hat die Bedeutung, zu constatiren, daß der Promissar auf das Versprechen sich verlasse; dann auch die, dem Promittenten diese Tatsache zum

---

[140]) Manche Theorien unserer Romanisten beruhen auf einem Verkennen des Wesens gegenseitiger Verträge, so z. B. die Verteidigung des altrömischen Satzes vom periculum rei venditae für unser Recht. Schmidt (der prinzipielle Unterschied S. 262 fg.) hat es gut herausgefühlt, wie jener Satz der Gegenseitigkeit des Kaufgeschäftes widerspricht (soweit, aber auch nur soweit, ist ihm beizustimmen). Wie immer man sich jenen Satz historisch erklären mag (und jede andere, aus der Consequenz des Systems oder dem Wesen des Verhältnisses argumentirende Erklärung halte ich noch immer für verfehlt, er steht da als Ueberrest einer Zeit, wo die Gegenseitigkeit und Einheitlichkeit des Kaufgeschäftes noch nicht begriffen war. (Vgl. auch Ihering, III. S. 190 fg.) — Und auch das Prinzip des §. 919 a. b. Gb. (l. 17. Cod. II. 4), gegen das Fichte Naturrecht II. S. 5 unbeachtet gebliebene Einsprache erhoben hat, würde etwas strenger um seine innere Berechtigung befragt worden sein, wenn die Gegenseitigkeit tiefer erfaßt würde. Auch da hat (wie bei dem anderen Satze) das Leben die Wissenschaft überholt und die gesündere Auffassung beginnt sich in neueren Gesetzgebungen Bahn zu brechen.

Bewußtsein zu bringen. Nun muß er aus seinem Versprechen um so mehr Ernst machen, als er weiß, daß Andere es ernst nehmen.[141]) Die Fälle, wo das unangenommene Versprechen bindet, sind nur Ausnahmen von ihr; aber keine irrationellen Ausnahmen. Und darin ist wieder Siegel beizustimmen, daß die Annahme (od. übhpt. Gläubiger-Erklärung) kein absolutes Erforderniß bildet. Fides und Verkehrsbedürfniß bringen es mit sich, daß wenn ich dem N. schreibe: ‚Ich bin geneigt, mit dir folgendes Geschäft abzuschließen, wenn du innerhalb dreier Tage darauf eingehst‘ — ich auch im Worte bleiben müsse. Denn schon in diesem Stadium ist die Willenserklärung zu einem Factor im Verkehrsleben geworden. Ich biete sie dem Andern als Basis wenigstens für seine Ueberlegung dar. Wie könnte er meine Offerte ernstlich in Betracht nehmen, wenn er ungewiß wäre, ob ich nicht mittlerweile schon anderen Sinnes geworden bin! Wie

---

[141]) Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob man mit der Entscheidung zwischen der Willens- und der Vertrauenstheorie (s. folgd. N.) eo ipso sich auch schon zwischen der sog. Vernehmungs- und der sog. Aeußerungstheorie (Arndts §. 231 A. 2. d; Windscheid, II. §. 306) entschieden hätte. Nun ist aber zwar gewiß die fides um so fester adstricta, wenn der Versprechende weiß, daß ein Anderer auf sein Versprechen baut; aber in einem logischen Widerspruch steht mit unserer Fides-Theorie auch die Aeußerungstheorie keineswegs. Der Eine will des Anderen Vertrauen erwecken und dies ist wirklich geschehen; das Vertrauen als ökonomisch relevante Tatsache ist vorhanden, auch ehe dessen Urheber weiß, daß seine Erklärung Vertrauen bewirkt hat. Resultat: Die oben angedeuteten zwei Fragen sind nicht logisch-untrennbar. Soweit vom abstract-logischen Standpunkt. — Nun ist aber zu bedenken, daß die unvergleichliche Mehrzahl von Offerten gegenseitige Obligationen betrifft, bei diesen aber von einer Perfection erst dann die Rede sein kann (da ein stückweises Zustandekommen dem Wesen der Gegenseitigkeit widerspräche), sobald jedem der Beiden das Versprechen des Anderen zum Bewußtsein gekommen ist. — Aber auch abgesehen hievon ist nicht zu verkennen eine gewisse Wahlverwandtschaft zwischen Willens- u. Aeußerungstheorie einerseits, u. zwischen Vertrauens- und Vernehmungstheorie andererseits. — Grotius, der Willenstheorie zugetan, meint (Lib. II. cap. XI. §. 15): es komme auf den Willen des Versprechenden an, der dahin gehen kann: „volo, ut valeat, si acceptetur,“ oder dahin: „volo, ut valeat, si acceptatum intellexero.“ Letzteres sei im Zweifel anzunehmen bei zweiseitigen Verträgen, ersteres bei „promissis mere liberalibus.“

würde Jemand auf eine Auslobung hin Mühen und Kosten auf sich nehmen, um nach gelungener Arbeit zu hören: ,Ich erachte mich nicht für gebunden; denn wir haben keinen Vertrag abgeschlossen'.

Das aber wäre eine schlimme Verwertung der neuen Erkenntniß, wenn man nun den Vertrag mißtrauisch von Fall zu Fall um seine Berechtigung befragen wollte; vielmehr muß man dies mit dem einseitigen Versprechen tun! Und zwar: de lege lata, indem man genau zusieht, ob wirklich keine andere Willenserklärung erheischt werde; de lege ferenda, indem man prüft, ob wirklich ein dringendes Verkehrsbedürfniß vorhanden ist, welches es rechtfertigt, den halben Vertrag statt des ganzen gelten zu lassen. [142]) Auch ist hier durch Zeitbeschränkungen unter Umständen ein vernünftiges Maß zu setzen; so nicht nur bei der Offerte, sondern auch bei der Auslobung, soferne eine solche nicht schon in die Willenserklärung aufgenommen worden ist.

Die Ausnahmen aber vereinigen sich mit der Regel in dem höheren Prinzip: das Versprechen bindet, wenn es in der Absicht, sich zu verbinden, und in der Art, wie dies zu geschehen pflegt, abgegeben ist, sobald ein Anderer erklärt hat, darauf zu bauen (den Versprechenden „beim Worte zu nehmen"), oder sobald sich der Versprechende sagen muß: sein Wort könne ein Vertrauen bereits erweckt, Entschließungen veranlaßt, eine Tätigkeit in Bewegung gesetzt haben. Also neben der Gewißheit kann ausnahmsweise auch schon die Möglichkeit, daß

---

[142]) Bekker in einer anregenden Anzeige der Siegel'schen Schrift in der Jenaer Literatur-Ztg. Nr. 2 sagt (S. 26): „Mit der Alleinherrschaft schwindet der blendende Nimbus des Vertrages" (mich dünkt: bis die Blendung, welche die neue Entdeckung bewirkt, gewichen ist, wird man wieder den unvergänglichen Glanz der Vertragsidee deutlicher wahrnehmen); „er (der Vertrag) darf die Rechenschaft über den Grund seines Geltens, wie man dieselbe von anderen Rechtsgeschäften erfordern möchte, auch selbst nicht mehr ablehnen". (Aus dieser Ueberzeugung ist die vorliegende Schrift, namentlich obiger Paragraph hervorgegangen.) „Wenn schon die einzelne Erklärung wirkt, sollte die Kraft der im Vertrage paarweise zusammengetretenen Erklärungen auf einem anderen Grunde beruhen?" (Vgl. Harrasowsky Ztschft. f. Notariat in Oesterr. 1874, Nr. 14, S. 57, col. 2 i. fin., S. 58 pr.). Bekker bemerkt, die Antwort müsse verschieden lauten, je nachdem man der Willenstheorie oder der Vertrauenstheorie beipflichte.

Jemand auf das Wort baue und traue, genügen, wenn die Erklärung geradezu diese Möglichkeit setzen wollte.

Wie das positive Recht das Gebiet gültiger Verträge einengen kann, z. B. durch Formvorschriften, so kann es auch, über dieses Gebiet hinausgehend, dem einseitigen Versprechen unter besonderen Umständen eine verbindliche Kraft beilegen.

§. 11.

Begränzung der Frage.

Bei der Frage nach dem Rechtsgrunde des Vertrages unterlaufen zuweilen Verwechslungen, vor denen hier gewarnt werden soll. Vertrags- und Obligationenrecht sind Kreise, die sich nur zum Teile decken: ein großes Gebiet des Obligationenrechtes hat mit dem Vertrage nichts gemein, und ein großer Teil der Verträge gehört nicht ins Obligationenrecht. Es ist also eine Verwechslung, wenn Ahrens das, was er an einer Stelle vom Vertrage aussagt,[143]) an anderer[144]) aufs Obligationenrecht überträgt. Noch viel häufiger, ja ganz allgemein, ist die Unklarheit, welche vom „Vertrage" ohne Unterscheidung spricht an Stellen, wo nur die verbindende Kraft des Vertrages, also nur die Natur des obligatorischen Vertrages in Frage steht. Dies mag sich daraus erklären, daß im deutschen Sprachgebrauch das Wort „Vertrag" überwiegend in diesem Sinne genommen wird, wenngleich der Sache nach die dinglichen und familienrechtlichen Verträge dem germanischen Rechte so wenig fremd sein können, als irgend einem Rechte.[145]) Die Naturrechtslehrer denken immer an den obligatorischen

---

[143]) Davon später.

[144]) Naturrecht od. Philos. des Rechtes u. Staates (6. Aufl.) II. Bd. S. 190: „Der Grund des Obligationenrechts liegt in der gegenseitigen Abhängigkeit der Menschen" ꝛc.

[145]) Es ist also schließlich nur eine Frage um den Ausdruck, ob man „Vertrag" in dem Sinne von „Willenseinigung auf einen juristischen Erfolg gerichtet" gebrauchen will, oder nicht.

Vertrag,[146]) unter den sie dann auch den sachen- und familienrechtlichen zwängen,[147]) zum Nachteil des Verständnisses (z. B. Kant's Auffassung der Ehe!). Wunderlicherweise aber fassen Viele von ihnen wiederum auch den obligatorischen Vertrag ganz sachenrechtlich auf [148]) (die Lehre von der Rechtsübertragung, die in jedem Vertrage stecke: a. b. Gb. §. 861)! —

Die Wirksamkeit des sachenrechtlichen Vertrages aber erklärt sich aus einem ganz anderen Gesichtspunkt, als die des obligatorischen. Jene ist zu begreifen aus dem Wesen des Eigentums (im weitern Sinne), als der rechtlichen Macht des Subjectes über sein Vermögen.[149]) In jenem ist nämlich die Möglichkeit enthalten, sich eines Rechtes zu begeben,[150]) schlechthin (Dereliction) oder zu Gunsten eines bestimmten

---

[146]) Selbst Hugo Naturrecht (Cursus II. Bd.) 2. Aufl. §. 271: „Verträge sind angenommene Versprechen, wodurch Forderungen entstehen sollen;“ Kant Metaph. Anfangsgr. S. 118. So auch alle andern Rechtsphilosophen. Ja Röder Rechtsphil. II. Bd. (2. Aufl.) S. 427 weist die Savigny'sche Theorie ausdrücklich zurück; aus einem Vertrage könne immer nur eine Forderung entstehen; es sei gleichgültig, ob die Erfüllung dem Versprechen auf dem Fuße folgt — und dies sei der „dingliche Vertrag“ [ganz wie Zeiller §. 108!] — oder nicht. Nie aber ist Sav. eingefallen, dingl. u. oblig. Verträge so zu unterscheiden!

[147]) Zu diesem Zwecke legen sie dem Worte „Versprechen“ eine sprachwidrig weite Bedeutung bei (weil jeder Vertrag „angenommenes Versprechen“ sein soll), wogegen Achenwall (Ius naturae §. 171), doch vergeblich, Widerspruch erhoben hat.

[148]) S. unten §. 14.

[149]) Ein Begriff, der freilich unseren Pandektisten teils unbekannt, teils ein Gräuel ist!

[150]) Auch eines dominium rei; es ist also gar nicht so absurd, als Exner (Pfandrechtsbegriff S. 16 N. 32) meint, wenn Bremer „sogar den Eigentümer sein Eigentumsrecht beherrschen läßt“. Das dominium ist eine Herrschaft über eine Sache und kann sich in Vernichtung derselben manifestiren und damit sich das Substrat seiner Existenz selbstmörderisch entziehen. Aber wenn bei intacter Sache, das dominium übertragen, durch Servitutenbestellung beschränkt, durch Verpfändung gefährdet wird, so ist das in erster Linie keine Herrschaft über die Sache, sondern über das dominium, es ist ein Ausfluß des Eigentums im wahren, allgemeinen und höchsten Sinne des Wortes, in welchem es die Anerkennung der Persönlichkeit nach der einen Richtung ihrer Betätigung ist.

Anderen (Tradition ꝛc.). Die Erwerbung von Seiten des Letzteren erklärt sich aber positiv aus der Natur der Persönlichkeit, negativ daraus, daß durch die Begebung von Seiten des Andern das Hinderniß der Erwerbung behoben ist. [151]) Aehnlich ist der liberatorische Vertrag zu erklären. Größere Schwierigkeiten bereitet der familienrechtliche Vertrag. Hier genüge die Andeutung, daß er nicht aus der Natur der Willenseinigung allein, sondern nur in Verbindung mit der öffentlich-rechtlichen Bedeutung der Ehe und Adoption als fester Institute mit fast unabänderlichem Inhalt zu begreifen ist.

Hieraus ergibt sich folgende Beschränkung für die Frage nach dem Versprechen. Die sachen- und familienrechtlichen Verträge werden davon nicht berührt, auch nicht der Erbvertrag, da auch hier zweiseitiger Vorgang durchaus notwendig ist. Zweifelhafter steht es mit dem liberatorischen Vertrag, wie denn überhaupt die ganze Lehre vom Verzichte einer gründlichen Revision bedarf. Die Frage ist demnach auf das Obligationenrecht eingeschränkt. Aber auch hier ist sogleich das ganze große Gebiet der obligationes ex re auszuschließen, ferner alle gegenseitigen Verträge. Bleiben also nur die einseitigen Consensual- und Formalverträge. Neben diese nun, nicht an ihre Stelle, haben wir den zuletzt entdeckten, von Siegel uns erklärten Verpflichtungsgrund, das einseitige Versprechen, einzureihen.

Und wenn wir nun, nach Besichtigung manches Details, auf einen höheren Standpunkt uns stellen, so öffnet sich uns ein Blick in den Zusammenhang des Privatrechtes.

Die Idee der Anerkennung der Persönlichkeit nach der Seite des Habens ist der Kern, in dem das ganze Privatrecht keimhaft enthalten war, und aus dem es hervorgewachsen ist. In dem Maße, als auch in den Gewaltunterworfenen die Person geachtet wird, scheidet sich das Familien- vom Vermögens-Recht. Eine weitere differenzirende

[151]) Gleichwol ist es falsch, die Tradition in Dereliction u. Occupation zu zerlegen, weil damit das Wesen des derivativen Erwerbes preisgegeben wäre.

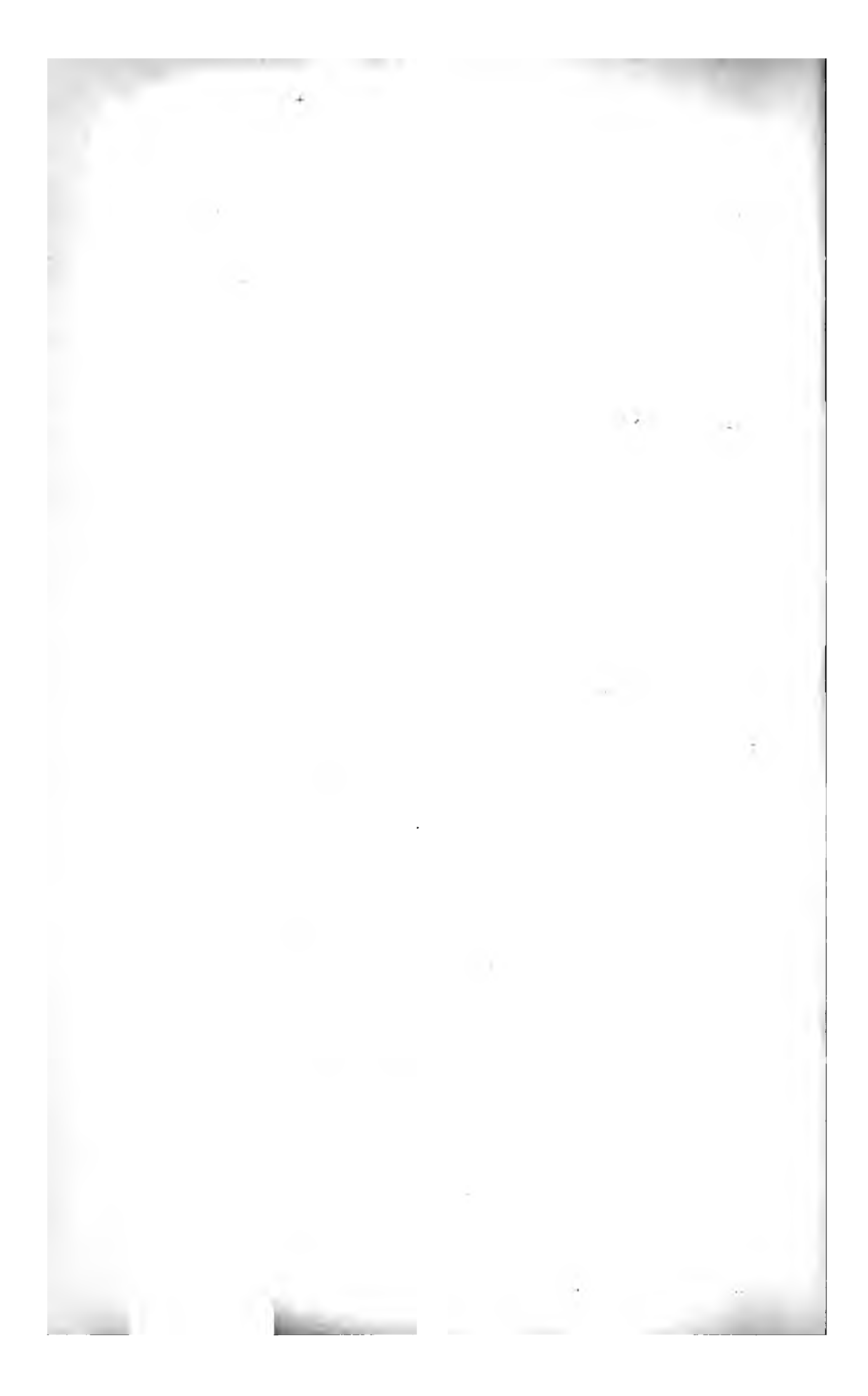
Potenz ist die Loslösung des Einzelnen aus dem Naturganzen der Familie: das Vermögen des Einzelnen scheidet sich vom Familiengut, und durch die vollste Anerkennung des Privateigentums löst sich das Erbrecht großen Teils vom Familiengüterrecht los. Im Vermögensrecht aber entwickeln sich als Seitentriebe des Eigentums die anderen iura in re; und je enger und fester das Zusammenleben der verschiedenen Familien (bez. Wirtschaften) wird, desto reicher entwickelt sich das Obligationenrecht. Und daß auch dieser mächtige Rechtszweig aus dem Stamme des Eigentums herausgewachsen ist, sollten die vorliegenden Erörterungen dartun. Das verletzte Eigentum reagirt als Anspruch, der immer eine persönliche Beziehung enthält. Von der rei vindicatio ist nur ein kleiner Schritt zur Delictsklage, ja diese kann in jener mitenthalten sein. Der Grundgedanke des Obligationenrechtes ist Reaction gegen das Hinübergreifen eines Subjectes in die Vermögenssphäre eines anderen.[152]) Und deshalb ist nicht der Wille des Schuldners als solcher, sondern zusammen mit einem äußeren Erfolge der Grund obligatorischer Verhältnisse. Ja oft erscheint das Willensmoment geradezu als das untergeordnete. Der Grund der Delicts-Obligationen ist ein Schaden, der sich zurückführen läßt auf einen fehlerhaften Willen. Der Grund der a. neg. gest. contr. ist das utiliter gestum, das zurückzuführen ist auf eine wolmeinende, aber nicht freigebige Absicht. Und auch bei der verfeinerten (wol erst späteren) Auffassung des utiliter gestum, bleibt für alle Fälle, wenn auch kein greifbarer Erfolg, doch eine Tat (also mehr als ein bloßer Wille). Auch die mannigfachen obligationes ex re beruhen auf einer ökonomischen Tatsache, und bei vielen derselben ist auch der genetische Zusammenhang mit dem dinglichen Anspruch noch deutlich zu erkennen. Der (legislative) Grund anderer Verträge ist das durch die Erklärung des Einen in dem Andern hervorgerufene Vertrauen als ökonomisch relevante Tatsache; nur daß diese letztere

---

[152]) An dieser Stelle möchte ich mich verwahren gegen das Mißverständniß, als ob die Ausführungen in §. 7 fg. der Ausdruck einer realistischen Rechtsauffassung wären. Unabhängig von der Frage nach der En stehung subjectiver Rechte ist die andere: was das objective Recht in den subjectiven Rechten schütze? Auch ich glaube: die Persönlichkeit.

Eigenschaft nicht in concreto in Frage kommt; genug wenn in der Annahme oder Abnahme des Versprechens das Vertrauen sich manifestirt hat. Endlich bindet in einzelnen Fällen das Versprechen schon wegen der bloßen Möglichkeit eines solchen Erfolges, d. h. deshalb, weil der Versprechende sich sagen muß, daß möglicher Weise Jemand auf seine Erklärung sich verlasse, die ja gerade zu diesem Zwecke abgegeben war. —

Dies scheint mir der natürliche Zusammenhang der einzelnen Gebiete des Privatrechtes, bez. des Obligationenrechtes.

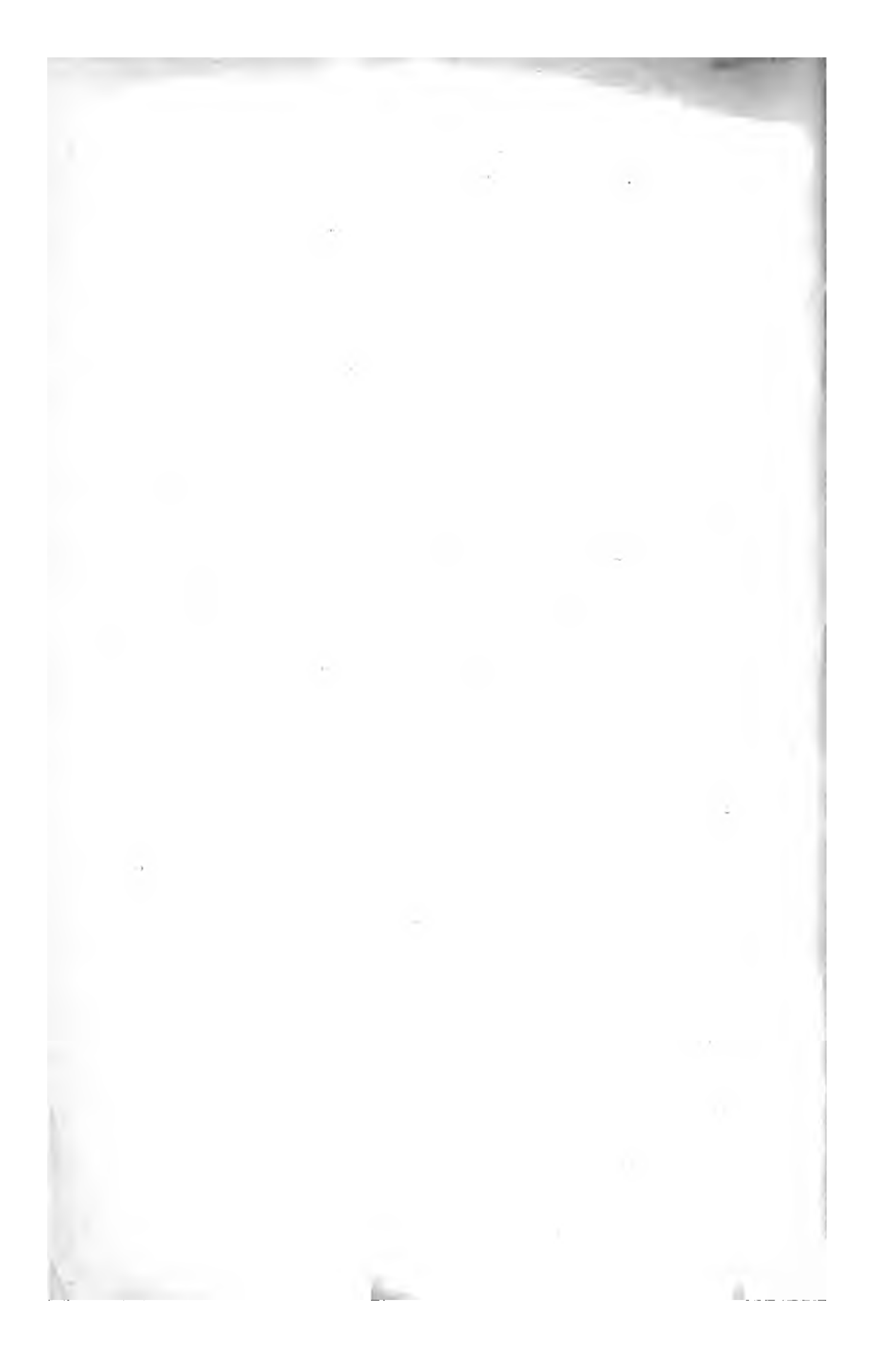


III.

Die Theorien

über

den Grund der Vertrags-Verbindlichkeit.



§. 12.

Die Lehren vom gesellschaftlichen Bedürfniß.

Es ist nicht die Absicht, hier eine Dogmengeschichte der Vertragslehre zu liefern, was eine ebenso mühsame und umfangreiche, als undankbare Arbeit wäre. Doch sollen hier verschiedene Ansichten, nach den Grundgedanken geordnet, in genügender Anzahl vorgeführt werden, um alle Hauptrichtungen zu kennzeichnen, die bisher (namentlich in den letzten Jahrhunderten) zur Beantwortung der in dem vorstehenden Titel genannten Frage eingeschlagen worden sind. [153])

Die dem common sense am nächsten liegende Erklärung ist diese. Die menschliche Gesellschaft und der Verkehr wären unmöglich, wenn Verträge nicht bindend wären. So gründet Hume, [154]) andere Erklärungen ausdrücklich abweisend, den Vertrag einzig auf „the general interests or necessities of society"; so Hobbes[155]) auf die Notwendigkeit zur Erhaltung des Friedens („conciliandae paci neces-

---

[153]) Manche läugneten überhaupt, daß sich die Vertragsverbindlichkeit philosophisch — oder, wie man damals sagte, naturrechtlich — begründen lasse. So Hugo, Naturrecht §. 273 fg.; Eberty Versuche auf dem Gebiete des Naturrechts (Cit. aus 2. Hand), Bausback (do.), über den einzig richtigen Gesichtspunkt der Vertragslehre (1805).

[154]) Das Citat ist entnommen Hugo's Naturrecht §. 271, N. **) (S. 312).

[155]) Leviathan, pars I.: de homine c. 14, c. 15, elem. phil. de cive c. 2 §§. 3. 9—11, c. 3 §. 1. Auch auf dem Standpunkt Spinoza's läßt sich der Vertrag nur in äußerlicher Art begründen. Vgl. Sigwart, der Spinozismus (1839) S. 187. 204. 212 fg., Trendelenburg Naturrecht §. 11.

sarium"), Reibenitz[156]) auf die Notwendigkeit für Staat und Gesellschaft, für die Sicherheit des Verkehrs und die allgemeine Freiheit (§. 60); Gesellschaft und Verkehr aber seien nötig wegen des Ergänzungsbedürfnisses der Menschen rücksichtlich der erlaubten Zwecke (§. 58).[157]) Dadurch erinnert er an die Krause'sche Schule, welche diese Begründung dadurch zu vertiefen sucht, daß sie auf die Notwendigkeit des geordneten Zusammenlebens für die Vervollkommnung des Menschen, für die Erfüllung seiner ethischen Bestimmung, hinweist.[158]) So sieht Röder[159]) den Grund, warum Wort gehalten werden muß, „einfach darin, daß es die unerläßlichste Bedingung alles vernünftigen Zusammenlebens und Wirkens ist" (384); unerläßlich, „damit eine Ergänzung der Einen durch die Anderen, ein geregeltes Ineinandergreifen des Wirkens der Einzelnen möglich werde" (385). Zu rühmen ist bei diesem Philosophen die richtige Auffassung der Offerte (s. oben §. 3) und der Annahme S. 385: „Bruch einer bestimmt und förmlich erteilten Zusicherung, nach der wir, durch deren Annahme, erklärt haben, uns zu richten, — d. h. darnach unsere Maßregeln nehmen, unsere Einrichtungen treffen (386), unsere Berechnungen und Unternehmungen darauf stützen — zu wollen, beraubt uns einer vielleicht unentbehrlichen Mitwirkung für unsere Zwecke. Diese aber hatten wir durch jene Zusicherung ein Recht erlangt von gerade diesem Menschen zu erwarten, so gewiß er uns schuldig war, nicht durch Mißbrauch unseres Vertrauens auf seine Wahr-

---

[156]) Naturrecht (Königsberg 1803).

[157]) In dem in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts viel gebrauchten Lehrb. d. phil. R. W. von K. H. v. Gros (6. Aufl. §. 179) heißt es: „Die Rechtsgültigkeit der Verträge gründet sich darauf, daß sie zur Coexistenz der Menschen als vernünftiger Wesen notwendig sind." —

[158]) Angedeutet ist diese Ansicht auch schon bei dem Stifter der Schule (siehe Krause, Abriß d. Syst. d. Philos. des Rechts — 1828 — S. 123. 124. 182); doch überwiegt hier die Betonung des Consenses, dem die Kraft beigelegt wird, mehrere Willen zu „Einem gesellschaftlichem Willen" zu vereinigen. — Ein vereinbarter Willens-Inhalt (genauer: etwas von Mehreren Gewolltes) ist denkbar; die Entstehung Eines Willens durch Consens aber ist eine Phrase ohne Wahrheit.

[159]) Grundzüge d. Naturrechts oder der Rechtsphilos. (2. Aufl.) II. S. 384 fg.

haftigkeit, die man in diesem Sinne Treue nennt, uns in Nachteil zu bringen oder doch zum Besten zu haben." Der Wortbruch schädige aber nicht blos den Einzelnen, sondern die Gesammtheit, indem er beitrage zur Zerstörung der Grundlagen alles Verkehres. — Also nicht die äußere Freiheit des Einzelnen, sondern die Menschenbestimmung sei zum Ausgangspunkte der Betrachtung zu nehmen (381).

Aehnlich Ahrens.[160]) Da das Recht die Bedingungen zur Verwirklichung aller vernünftigen Zwecke zu normiren hat, ein Theil dieser Bedingungen aber sich auf Leistungen Anderer bezieht, die eben durch Vertrag ausbedungen werden müssen, und da der Mensch ..... über die Gegenwart hinausliegende zusammenhangende Zwecke, überhaupt einen bestimmten Lebensplan zu verfolgen hat, so muß er mit Sicherheit auf die Leistungen Anderer rechnen dürfen.

Diese Ansichten unterscheiden sich von jenen älteren dadurch, daß sie sich nicht mit der Verweisung auf das praktische Bedürfniß begnügen, sondern die Gesellschaft im Lichte einer ethischen Notwendigkeit erblicken;[161]) wozu bei Röder noch eine geschickte Verschmelzung mit der Vertrauenstheorie kommt.[162]) Gemeinschaftlich aber allen diesen Theorien ist die Herleitung der Verbindlichkeit der Verträge aus ihrer Unentbehrlichkeit. Sowol der ältere gröbere, als dieser feinere Gedanke kommt dann in eklektischen Combinationen mit anderen Theorien unzähligemal vor.

---

[160]) Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und Staates (6. Aufl.) II. S. 190 fg. 201. Vgl. Rechtsphil. od. Naturrecht (I. Bd. der Phil. des R. u. Staates, 4. Aufl. 1852) S. 544 fg.

[161]) Die Erkenntniß der Verschiedenheit dieser Theorien äußert sich bei Ahrens darin, daß er in dem älteren Werke (s. vorige N.) S. 542 diejenigen tadelt, die sich bloß auf das Interesse der Gesellschaft berufen; die Erkenntniß der Verwandtschaft darin, daß er in dem neueren Werke (S. 200) von ihnen sagt, sie kämen der Wahrheit am nächsten.

[162]) Jene ältere Auffassung findet sich, äußerlich mit der Vertrauenstheorie verbunden, bei Feder, Lehrb. d. prakt. Philos. (II. Tl.: das Recht der Natur) §. 18 in eudämonistischem Ausdruck: „Notwendigkeit der Verträge zur allgemeinen Glückseligkeit des menschlichen Geschlechtes."

§. 13.

Die (bloß) ethischen Theorien.

Erscheint in diesen Theorien die Pflicht des Einzelnen aus der gesetzlichen Sanction, diese aber aus einem äußeren Bedürfniß hergeleitet,[163]) so versuchten Andere das Rechtsgebot direct durch einen ethischen Gedanken zu begründen. Am nächsten liegt die Bezugnahme auf das Gebot: „Du sollst nicht lügen." Auf die Pflicht zur Aufrichtigkeit, Wahrhaftigkeit recurriren nebenbei sehr Viele; alles Gewicht legen hierauf G. E. Schulze, Leitfaden, §. 130, und J. F. Fries[164]), Letzterer mit eigentümlicher Herleitung aus seinem obersten Rechtsprincip: Gleichheit ist Recht (S. 237 fg.). Darin ist die Wechselwirkung vernünftiger Wesen schon vorausgesetzt (S. 242). In der natürlichen Wechselwirkung der Menschen entscheidet nur die Stärke; das Rechtsgesetz kann sich nur im Widerstreit gegen dies natürliche Verhältniß zur Geltung bringen. Dabei ist sein erstes Postulat, daß die Menschen sich in ihrer Wechselwirkung als vernünftig anerkennen sollen (243, 244). Das Erste aber, wodurch der Einzelne aus sich heraus und mit Anderen in Wechselwirkung tritt, ist die Sprache (245). Die erste Anwendung des Rechtsgesetzes ist darum „das Recht der Sprache" (248); „Wahrhaftigkeit ist die erste Rechtspflicht" (249), deßhalb „sollen Versprechen gehalten werden" (248); „ein förmlich ge-

---

[163]) Es ist leicht dagegen zu polemisiren. Allein der Einwand, daß nach diesen Theorien der Vertrag nur insoferne und so lange bindend sei als er nützt (Geyer, Rechtsphil. 1863, S. 148), ist grundlos. Nicht um die Nützlichkeit der Verträge in concreto, sondern um die Notwendigkeit des Vertrags in abstracto handelt es sich. Dem Verkehre ist nicht geholfen, wenn nicht alle (erlaubten) Verträge geschützt werden; denn sonst steht es so schlimm, als ob gar keiner geschützt würde.

[164]) Politik od. philosoph. Staatslehre, herausg. v. E. F. Apelt. Jena 1848. Vgl. Philos. Rechtslehre S. 43 fg.

tanes Versprechen[165]) aber ist ein Vertrag" (252). Also Verträge sind zu halten (s. übhpt. §. 53).

Weil damit viel zu viel bewiesen wäre (nämlich, daß jedes Versprechen juristisch bindend sei), ist damit in Wahrheit nichts bewiesen.[166]) Und selbst in logischer Hinsicht ist die Erklärung verfehlt. Lügenhaftes Versprechen und Wortbruch sind ganz verschiedene Dinge. Aus dem Verbote der Lüge läßt sich nicht ableiten die Pflicht: ein bona fide gegebenes Versprechen hinterdrein auch wirklich zu erfüllen; vielmehr folgt daraus nur die Pflicht: nicht mala fide zu versprechen, was man nicht halten und leisten will.

Deshalb haben Andere eine Pflicht zur Beständigkeit (constantia) aufgestellt, die wir schon oben in dieser Allgemeinheit abgewiesen haben; während wieder Andere statt von „Wahrhaftigkeit," besser von „Treue" reden, welche allerdings auch den Wortbruch verbietet. Als Vertreter beider Gedanken sei hier statt Anderer Jul. Stahl genannt.[167]) „Im Wesen der Person liegt einmal die Freiheit,.... sodann nicht minder die Unwandelbarkeit, nach welcher die jetzt gewollte Entäußerung für alle Folge gewollt, und auf dieselbe mit der Gewißheit, wie auf eine bereits gegenwärtige, gerechnet wird. .... Die bindende Kraft des Vertrages ist die Treue." Daß diese nur ein ethisches, kein rechtliches Princip sei, bezeichnet Stahl als einen Grundirrtum der naturrechtlichen Auffassung, welche das Recht von ethischen Ideen entkleidete. (Von dieser bloß ethischen Fides-Theorie sind die ökonomischen Vertrauenstheorien wohl zu unterscheiden, von denen unten die Rede sein wird; die Wahrheit liegt in ihrer Vereinigung).[168])

---

165) Sehr charakteristisch! Die Annahme wird nur auf S. 253 erwähnt, um von ihr nicht zu reden. Die Consequenz hätte natürlich gefordert, mit dem hergebrachten Vertragsbegriff zu brechen. Dazu sind aber die ganzen Betrachtungen zu flüchtig und oberflächlich.

166) Vgl. Röder, Rechtsphilos. (2. Aufl.) II. Bd. S. 390.

167) Philos. d. Rechtes. II. Bd. Rechts- und Staatslehre. I. Abtlg.: Allgemeine Lehren und Privatrecht (3. Aufl. Heidelbg. 1854) §. 55, S. 414.

168) Gegen Stahl bemerken Schilling, Naturrecht I. §. 117, und der von ihm cit. Eberty m. R. dasselbe, was oben (bei N. 166) gegen Schulze und Fries bemerkt wurde, nämlich, daß seine Theorie zu viel beweise.

Erscheinen obige Erklärungs-Versuche als ungenügend, so kann gar keine Begründung (eher deren Ablehnung) erkannt werden in dem „principe inné“ des Rousseau,[169]) in dem „kategorischen Imperativ“ unseres größten Denkers, und in Herbart's „absolutem Urteil“: ‚der Streit mißfällt‘; wer aber einen Vertrag bricht, erregt Streit, ihn also trifft Tadel.

§. 14.

Die Willens-Theorien, namentlich die Veräußerungs-Theorien.

Es ist schon im §. 11 bemerkt worden, daß alle Rechtsphilosophen nur den obligatorischen Vertrag kennen, sehr Viele aber diesen nach Art des sachenrechtlichen auffassen, indem sie seine Wirkung nicht in ein Binden (Erzeugung einer Verpflichtung), sondern in eine Veräußerung, eine Rechtsübertragung setzen, den Unterschied des ‚aliquid nostrum facere‘ und des ‚alium nobis obstringere‘ (l. 3 pr. D. 44. 7) nahezu verwischend. Während wir denken: der Promittent übernimmt eine Verpflichtung, denken Jene: der Promittent begiebt sich eines Rechtes.

Diese Theorien hängen zusammen mit einer subjectivistischen Denkungsart, welche, den Blick abgekehrt von dem einheitlichen Leben des objectiven Rechtes, alle Aufmerksamkeit den Teilerscheinungen zuwendet, den Einzelnen sich umgeben denkt von einer Summe von Berechtigungen, in deren Austausch allein sie allen Rechtsverkehr setzt; daher der Glaube: jedes Recht, das dem B gegen den A entsteht, müsse zuvor beim A gewesen sein, wenn auch zuweilen unsichtbar, weil ununterschieden.

Auf diesem Boden stehen die meisten Naturrechtslehrer, voran der große Begründer dieser Richtung.

Grotius unterscheidet drei Stadien in der Vertragsentstehung: 1) den Beschluß, der gar nicht binde (lib. II. cap. XI. 2); 2) das

[169]) Emile T. II. not. 1.

Versprechen (pollicitatio), das wol sittlich, aber nicht rechtlich verpflichte (eod. nr. 3) (das nicht angenommene Versprechen ist widerruflich cap. XI. 16);[170]) 3) die „perfecta promissio“, wenn zum Versprechen hinzukommt ein „signum volendi ius proprium alteri conferre.“ Diese ist entweder eine „via ad alienationem rei (promissum dandi)“ oder eine „alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis“ (promissum faciendi) (eod. nr. 4). „Ut autem promissio ius transferat (in der Capitel-Uebersicht heißt es deutlicher: ad promissionis validitatem) acceptatio hic non minus quam in dominii translatione requiritur.“ Die Annahme des Versprechens wird also hier mit der Mitwirkung des Erwerbes bei der Eigentumsübertragung ausdrücklich auf eine Linie gestellt.

Diese Ausführungen finden sich wiederholt bei Pufendorf (de iure naturae et gentium lib. III, cap. V §§. 5, 6, 7; cap. VI. §. 1, cap. XV), der aber eklektisch auch auf die Notwendigkeit der Verträge für das Zusammenleben der Menschen, und auf die Pflicht zur Treue und Wahrhaftigkeit sich beruft (lib. III. cap. IV. §. 1 und §. 2).

Es bedarf kaum der Bemerkung, daß die Lehre von der Veräußerung, sogar Selbstveräußerung der Freiheit, sich bei den zahlreichen Nachfolgern des großen Niederländers in verschiedenen Redewendungen wiederfindet. Noch in unserem Jahrhundert hatte diese Lehre Anhänger.[171]) Da aber die Frage gar zu nahe liegt: wie denn die Freiheit durch einen freien Act sich selbst aufgeben könne?[172]) so sub-

[170]) Die Unwiderruflichkeit gewisser pollicitationes im röm. R. sei ein effectus non naturalis, sed mere legitimus.

[171]) So z. B. Haus, Elem. doctrinae iuris philos. (1824) §§. 169. 170 (Cit. aus 2. Hand).

[172]) Geyer, Gesch. und Syst. d. Rechtsphil. S. 148. — Allerdings ist es altgermanische Anschauung, daß in der Freiheit im rechtl. S. auch die Macht enthalten sei, in Schuldknechtschaft sich zu begeben (Tacit. Germ. c. 24; Maurer, Schuldknechtschaft nach altnord. R., Sitzungsbericht d. k. bayer. Akademie d. W., vom 3. Jän. 1874). Aber wenn schon dies uns befrembet, so müssen wir es geradezu als undenkbar bezeichnen, daß in der Freiheit im philosophischen S., in der Selbstbestimmung der Person, eine ähnliche selbstmörderische Kraft enthalten wäre.

stituiren Andere der Veräußerung eines Freiheitsteiles verschiedene Formeln, die das Object anders bezeichnen. So sagt Kant gelegentlich:[173]) „durch Vertrag erwerbe ich das Versprechen eines Anderen, nicht das Versprochene", während ein ander Mal (S. 100) auch er von einer „Besitznehmung der Willkür eines Anderen" (!) spricht. Obwol er nun bekanntlich eine Begründung der Vertragsverbindlichkeit für unnötig und unmöglich erklärte (S. 99, 100), so ist er doch seiner ganzen Darstellung nach denjenigen beizuzählen, welche den obligatorischen Vertrag als eine Rechtsübertragung sich denken. S. 98 definirt er den Vertrag überhaupt als den „Act der vereinigten Willkür zweier Personen, wodurch das Seine des Einen auf einen Anderen übergeht." (Vgl. S. 121.) S. 118: „Aller Vertrag besteht aus .... dem Versprechen und der Annehmung desselben." Der Erwerb eines Forderungsrechtes wird dem derivativen Eigentumserwerbe ganz gleichgestellt (S. 97 fg.).

Reidenitz, §. 61, erblickt im Vertrage eine „Uebertragung eines Rechtes auf seine Willkür von Seiten des Promittenten an den Promissar." Mit Kant stimmt er auch insoferne überein, als er hiemit nicht eine Begründung, sondern nur eine Beschreibung des Vertrages geben will (s. oben §. 12).

Hufeland[174]) definirt (§. 221), wie Hunderte vor und nach ihm, den Vertrag als angenommenes Versprechen. Das Versprechen definirt er (§. 219), als „Erklärung meiner Einwilligung, daß ein Anderer eines meiner Güter (d. h. sowol Sachen als die Bestimmung von Handlungen) künftig zu den seinen rechnen dürfe", — die Annahme (§. 220) als die Erklärung des Promissars, „daß er das versprochene Gut als das seinige ansehen wolle." Jeder Vertrag sei Veräußerung (§. 223), wobei der Promittent derelinquire, der Promissar occupire (!); letzterer rechnet das versprochene Gut „nun zu seiner Vollkommenheit" (?), und „Alles, was Jemand zu seiner Vollkommenheit rechnet, darf er sich durch Zwang erhalten; also auch das durch Vertrag erworbene Gut." — ! —

---

[173]) Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre (2. Aufl. 1798) S. 101.
[174]) Lehrsätze des Naturrechts (1790).

Minder abstrus, sachlich aber verwandt sind die Ausführungen von J. H. Abicht.[175]) Erwähnenswert ist, daß dieser Autor von einer Pflicht der Parteien vor geschlossenem Vertrag, also beim Contrahiren selbst spricht (§. 164).

J. Chr. Fdr. Meister[176]) definirt: „Vertrag ist eine äußerlich dargestellte Willens-Einigung zweier oder mehrerer Personen über den Uebergang eines Etwas[177]) (!) aus dem Seinigen des Einen in das Seinige des Anderen, zur Begründung eines neuen Wechselverhältnisses von Zwangsrecht und Zwangspflicht in Bezug auf Leistungen bestimmter Art." Die Gleichstellung mit dem dinglichen Vertrag ist hier eine principielle. Aus der „Seinheit" (Eigentum im w. S.) folge die Macht dieser „Versetzung" (§. 276); könnte ich nicht veräußern, so wäre das Meinige nicht das Meinige (§. 279). Verträge müssen darum gehalten werden, weil das Versprochene durch das Versprechen das Seinige des Promissars geworden ist. (§. 282.) Wie Meister die Kant'sche Einwendung von der Unmöglichkeit der empirischen Gleichzeitigkeit der beiden Willenserklärungen zu entkräften sucht, wurde schon (S. 19) gesagt. Ganz anders Lazar Bendavid.[178]) Das Versprechen ist ihm eine Handlung, durch die Jemand anzeigt, daß er eine Sache — oder ein Recht als Sache betrachtet[179]) —, die ihm gehört, unter der Bedingung[180]) nicht als das Seine betrachten wolle, wenn eine andere bestimmte Person sie dazu machen will. Die Erfüllung dieser Bedingung ist die Annahme. Allerdings liege zwischen Versprechen und Annahme immer eine, wenn auch unendlich kleine Zwischenzeit; doch widerspreche dies nicht der lex con-

---

[175]) Neues System eines .... Naturrechts (Bayreuth 1792) §. 147 fg.

[176]) Lehrbuch des Naturrechts (1808).

[177]) Auf die heikle Frage, was denn eigentlich z. B. durch das Versprechen einer Dienstleistung veräußert werde, gibt es gewiß keine bequemere Antwort als „Etwas"!

[178]) Versuch einer Rechtslehre (Berlin 1802) §§. 210 fg. (S. 100 fg.).

[179]) Hier also wenigstens ein Versuch, das Object der Veräußerung verständlich anzugeben. — Vgl. bgl. Ges. B. §§. 285. 292.

[180]) Darin liegt ein Fortschritt im Vergleich mit der plumpen Vorstellung, die Tradition bestehe aus Dereliction und Occupation.

tinui, da ja gleiches bei jeder Wirkung Statt finde; nur sei beim Causalnexus die Zwischenzeit so klein, daß wir die Folge für ein Zugleich halten.

Kant und Bendavid haben m. E. beide Recht. Kant hat Recht, insoferne jeder derivative Erwerb etwas Unbegreifliches, Widerspruchsvolles hat. So lange etwas dem A gehört, kann es nicht dem B gehören; sobald es aber dem A nicht mehr gehört, kann er es dem B nicht geben.[181]) Sehr Recht hat ferner Kant darin, daß er (S. 102) die damals vielverbreitete Vorstellung, als ob bei der Veräußerung zuerst der Eine derelinquirte und dann der Andere occupirte, verwarf und betonte, daß eine herrenlose Zwischenzeit nicht angenommen werden dürfe. Mit einem geistvollen Vergleich sucht uns dann K. über den von ihm selbst anerkannten Widerspruch zu beschwichtigen: „Die Translation ist ein Act, in welchem der Gegenstand einen Augenblick Beiden zusammen angehört, sowie in der parabolischen Bahn eines geworfenen Steines dieser im Gipfel derselben als im Steigen und Fallen zugleich betrachtet werden kann.“ Darin aber hat wieder Bendavid Recht: daß jene Unbegreiflichkeit gar nichts der Rechtsübertragung Eigentümliches ist, sondern bei jeder causalen Verknüpfung von Tatsachen vorkommt. Er hätte sich aber nicht bei dem Zeit-Intervall, (welches ja wirklich sowol den derivativen Erwerb, als den Causalnexus zerstören würde), beruhigen, sondern constatiren sollen, daß die Continuität der Erscheinungen überhaupt nicht vorstellbar ist, weil wir es zu fassen nicht im Stande sind, wie eine Existenz über sich selbst hinausgreifen könne. Da aber in jeder Wirkung eine Existenz aus sich selbst herausgeht (nicht nur bei den „fernwirkenden Kräften“), so behält jede Wirkung für uns etwas Geheimnißvolles.

In den Veräußerungs-Theorien von Ant. Bauer[182]) und C. v. Rotteck[183]) wird ein Stück der Rechtssphäre, ein Teil des Freiheitsgebietes als Object der Veräußerung bezeichnet.[184])

---

[181]) Dies hat eben die in der vorigen N. erwähnte Vorstellung hervorgerufen, die aber ganz verwerflich ist (s. N. 151).

[182]) Lehrb. d. Naturrechtes (2. Ausg. 1816) §. 129.

[183]) Lehrb. d. natürl. Privatrechts (1829) (als I. Bd. des Lehrb. des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften), §. 28 (S. 192 fg.).

[184]) Gegen diese und andere Veräußerungs-Theorien s. Ahrens Rechtsphil.

Die eintönigen Variationen, welche dies Thema bei so Vielen erfuhr, unterbricht in origineller Art die folgende von G. A. Tittel.[185]) Verträge binden darum, „weil die Menschen die Vertragshandlung zu einer symbolischen Handlung gemacht haben, die für ebenso gültig und wirksam angesehen werden soll,[186]) als wenn die Kräfte (!) des zusagenden Teiles, insoweit sie zur Erfüllung des Versprechens nötig sind, nun selbst wirklich in das Seine des Anderen übertragen worden wären" (!). Und das Kopfschütteln des Lesers voraussehend erläutert er: „Physisch können wir unsere Kräfte freilich nicht auf einen Anderen übergehen lassen; aber in einem symbolischen Sinne geht es wol an."[187])

Ernsthafter, aber auch nicht befriedigender ist die Theorie M. Mendelssohn's, wornach jeder Vertrag kein neues Recht erzeugt, sondern ein unvollkommenes in ein vollkommenes verwandelt.[188]) Bei den das Vermögen betreffenden Verträgen verhalte es sich so:[189]) Jeder Mensch habe im Naturstande das Recht, „die Collisionsfälle von Selbstgebrauch und Wolwollen zu entscheiden." Alle seine Mitmenschen haben ein unvollkommenes Recht darauf, für ihn selbst ist es eine Gewissenspflicht, daß er einen Theil seiner Güter dem Wolwollen widme. Sobald der Unabhängige durch sein Versprechen ein Urteil fällt, muß es gültig sein, sonst enthielte sein Entscheidungsrecht einen offenbaren Widerspruch. So entstehe für den Promissar aus dem unvollkommenen Recht ein vollkommenes. — Die Künstelei wird aber

---

oder Naturrecht (4. Aufl. 1852) S. 542 und Naturrecht (6. Aufl.) II. 200. Ahrens erhebt auch den Vorwurf der petitio principii. Rechtsübertragung setze ja schon die Rechtskraft voraus. Darüber später im Text. Vgl. auch Warnkönig in dem in N. 220 cit. Buch p. 153 (§. CVIII).

[185]) Erläuterungen d. theoret. und prakt. Philos. (Aufl. v. 1794) S. 210.

[186]) Warum nicht einfacher so: „Verträge binden, weil die Menschen ihnen bindende Kraft beigelegt haben" —?

[187]) Dies erinnert an Mr. Blotton's tiefsinnige Erklärung (im I. Cap. der Pickwickier): er habe den beanstandeten Ausdruck gebraucht „not in a common sense, but in its Pickwickian sense" —!

[188]) Phädon, od. üb. d. Unsterblichkeit der Seele. (3. Aufl. 1769) S. 219.

[189]) Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum (1783) S. 45 fg. Darüber Hoffbauer (s. N. 199) S. 183 fg.

noch potenzirt, indem dieses Entscheidungsrecht selbst als ein „unkörperliches Gut" gedacht wird, worauf dessen Träger ein vollkommenes, jeder Nebenmensch ein unvollkommenes Recht hat. Der Vertrag nun ist nach M. „Ueberlassung und Annahme des Rechtes, in Absicht auf gewisse, dem Versprecher entbehrliche Güter die Collisionsfälle zu entscheiden."(!) Der Vertrag bindet, weil das Entscheidungsrecht nun nicht mehr dem Promittenten, sondern dem Promissar gehört. — Aber, von allem anderen abgesehen, was hat das Wolwollen mit den entgeltlichen Verträgen zu tun? —

Umgekehrt passen nur auf die entgeltlichen Verträge die Tausch-Theorien von Henrici, Krug und A.

Auch Henrici[190]) identificirt Vertrag und Rechtsübertragung, und erklärt das Zwangsrecht auf die Leistung so: Vertrag ist Tausch. Jeder veräußere etwas „von den Bedingungen seiner Persönlichkeit, um einen wichtigeren Teil derselben zu retten." Als „moralisches Wesen" aber entschließe sich der Mensch hiezu nur dann, wenn er das zu Rettende oder Einzutauschende „für wesentlich notwendig zu seiner ethischen Wirksamkeit und Vollkommenheit ansieht. Was aber zu diesem Zwecke wesentlich notwendig ist, begründet ein Zwangsrecht. Verträge begründen also ein Zwangsrecht."

Mit der Theorie der Krausianer trifft diese darin zusammen, daß beide die Kraft der Verträge aus der Notwendigkeit ihrer Einhaltung für die ethische Entwicklung der Menschen ableiten; — sie unterscheiden sich aber doch wieder so wesentlich, wie subjectivistische und objectivistische Weltanschauung.

Wie fadenscheinig aber die obige Deduction ist, erhellt aus folgenden Erwägungen: 1) Sie paßt gar nicht auf unentgeltliche Verträge. Erst nachträglich (S. 406) erinnert sich H., daß es auch solche gebe, und beruft sich für sie auf die Dispositionen, die der Promissar mittler Weile getroffen haben kann, also auf die Vertrauens-Theorie, womit die Unzulänglichkeit der eigenen eingestanden ist. 2) „N. N. sieht x für notwendig an" ist doch nicht dasselbe, wie: „x ist notwendig"! 3) Beweist H.'s Argumentation zu wenig und

---

[190]) Ideen zu einer wissenschaftlichen Begründung der Rechtslehre (1809) S. 398 fg. 404 fg.

zu viel: a) zu wenig: nämlich nicht die Gültigkeit von Verträgen, durch die man sich Güter verschaffen will, die man nicht „für wesentlich notwendig zu seiner ethischen Vollkommenheit ansieht." Brauche ich zu versichern, daß solche Verträge recht häufig sind? — b) Zu viel: wenn Jemand etwas zur Wahrung seiner Persönlichkeit „für notwendig ansieht", und dies einen Rechtsgrund abgäbe, so müßte er ein Recht darauf auch ohne Vertrag haben. Und so ließe sich in gleicher Art, wie das Vertragsrecht unter Umständen auch ein Raub- und Diebstahls-Recht deduciren! —

Unklar und eklektisch auch W. T. Krug:[191]) Vertrag = Umtausch von Rechten (§. 52) [und die unentgeltlichen Verträge?!] Sobald der Vertrag geschlossen, ist aus den zwei Willen Einer geworden (Krause!), „den sich beide Vertragende als Gesetz ihrer künftigen Handlungen aufgelegt haben." Die Freiheitskreise der Parteien werden teilweise gemeinsam, „beide Teile erhalten in Bezug auf das Versprochene ein ideales Gesammteigentum." (!) Der Wille des Einen, der mit dem des Anderen „zur Einheit verbunden ist" (!), darf nicht diese Einheit aufheben und über das Gemeinsame einseitig verfügen. —

Eine gar eigentümliche Veräußerungs-Theorie ist endlich die von Hegel.[192]) Der Vertrag enthalte das Aufgeben eines Eigentums von dem einen, den Uebergang und die Aufnahme in den anderen Willen. Der Vertrag sei an und für sich gültig, werde es nicht erst durch die Leistung des Einen oder Anderen.[193]) Das Wort sei hier

---

[191]) Dikäologie oder philos. Rechtslehre. (I. Bd. des Systems der prakt. Philos. 1830 1. Aufl. 1824.) In §. 54 spricht Krug von „Realverträgen", denkt aber dabei an sachenrechtliche (dingliche) Verträge! Abicht §. 166 unterscheidet „dingliche und persönliche V.," je nachdem sie dingliche oder persönliche Güter zum Gegenstande haben. — Also entweder eine willkürliche, irreführende Terminologie oder Unkenntniß der juristischen Begriffe.

[192]) Encyclopädie III. §§. 493, 494 (in der Gesammt-Ausgabe VII. Bd. 2. Abtlg.).

[193]) Dies offenbar gegen Schmalz (s. unten).

Tat und Sache und zwar die vollgültige Tat [194]) (d. h. daß man absichtlich anders sage, anders meine, ändere nichts). Die Stipulation (womit H. die übereinstimmende Willenserklärung meint) sei „das Substantielle des Vertrags", die Leistung, die reelle Aeußerung, die zur Folge herabgesetzt sei. Das Substantielle der Leistung aber sei der Wert. „Das Eigentum wird so vergleichbar mit dem anderen und kann qualitativ ganz heterogenem durch diese quantitative Bestimmtheit gleichgesetzt werden. So wird es überhaupt als abstracte, allgemeine Sache gesetzt." — Verständlicher gesagt: Hegel erklärt den obligatorischen Vertrag als eine Wert-Veräußerung (wobei die römische Lehre von der Geld-Condemnation ihm vorgeschwebt haben mag); und wahr ist es: daß durch jede Obligation (aber eben keineswegs bloß durch Vertrags-Obl.) das Vermögen des Gläubigers um so viel an Wert gewinnt, als das des Schuldners daran verliert. Dies setzt aber die Verbindlichkeit des Vertrages (bei diesen Obligationen) voraus, erklärt sie nicht. Daß H. gleichwol darin die Erklärung sucht, hängt so zusammen: In Wirklichkeit erfolgt jene Wertänderung durch Begründung eines Rechtes und einer Verpflichtung, die bisher nicht vorhanden waren. Da aber H. aus dem Wesen der Veräußerung heraus den obligatorischen Vertrag begreifen will, so zerlegt er das Eigentum in seine Momente und erklärt m. R. den Wert als das allgemeinste Moment, als diejenige Seite, nach der hin jedes Eigentum so zu sagen fungibel ist. Im obligatorischen Vertrag nun (meint H. weiter) werde dies allgemeine Moment des Eigentums übertragen.

Aber stehen denn die generischen und die individuellen Momente, stehen Substantielles und Besonderndes in einem so losen Zusammenhange, daß ich das eine weggeben, das andere behalten könnte?! —

So enthält diese Theorie nur einen schiefen, überschwänglichen und überdies ungenauen Ausdruck für das, was erfolgt, keine Erklärung dafür, wie so und warum es erfolgt. Immerhin ist sie jedoch tiefer gedacht, als die meisten anderen Veräußerungs-Theorien und betont ein juristisch sehr wichtiges Moment. Aber ein Irrtum wäre

[194]) Dies gegen Fichte (s. auch Hoffbauer; von beiden später).

auch das, wenn man glaubte, die Obligation sei nichts weiter, als ein Wertrecht (vgl. die guten Bemerkungen von Ziebarth, d. Realexecution und die Obligation, 1866, §. 4, insbes. S. 33).

Die Veräußerungs-Theorien haben manches Bestechende. Vor allem die Zusammenfassung aller Verträge unter Einen Gesichtspunkt. Sie beruht aber nicht auf einer tiefen Erfassung des Gemeinsamen in dem Mannigfaltigen, sondern meist auf gänzlicher Unkenntniß jener generischen Unterschiede innerhalb der Verträge, die auch von Juristen oft verkannt, erst bei Savigny (System III. §§. 140. 141) einen klaren und classischen Ausdruck gefunden haben.[195])

Am meisten für diese Theorien spricht aber folgendes: Wenn es anginge zu sagen: „Vertrag = Rechts-Uebertragung", dann wären wir freilich jeder Schwierigkeit überhoben. Es ist gesagt worden: auch damit sei nichts erklärt, denn die Uebertragung von Rechten setze schon die in Frage stehende Rechtskraft der Verträge voraus (s. N. 184). Es ist bei den Meisten ein richtiger Instinkt, bei Einigen ein richtiger Gedanke: daß diese Kraft so unmittelbar mit dem Eigentum gesetzt ist, wie dieses mit der Anerkennung der Persönlichkeit. Denn Eigentum im philos. S. ist eben die Anerkennung der Persönlichkeit nach der Seite des Habens;[196]) zum „Ich" gehört das „Mein" (meum esse aio). Das Selbstbestimmungsrecht des Ich erscheint als Verfügungsrecht in der Sphäre des Meinen. Es ist ein schlichtes und doch tiefes Wort: Das Meine wäre nicht mein, könnte ich es nicht veräußern.[197]) Und andererseits: meine Persönlichkeit wäre nicht aner-

---

[195]) Vgl. hier S. 77, 78, 90. — Unter den älteren Schriftstellern macht eine rühmliche Ausnahme Gottfried Achenwall, Ius naturae (1750, 7. Ausg. 1774) I. §. 171: „Omnis promissio acceptata pactum involvit, et eius est species, continens actum voluntarium." D. h. a) nur der obligator. V. ist eine promissio acceptata; b) der obligator. V. ist eine species des V. „Pactum vero involvit notionem generaliorem, non excludens actus in praesens absolutos" (womit die sachenrechtl. V. gemeint sind).

[196]) Eigen, ahd. eigan, eikan scheint das part. praet. von dem anomalen eigan (ἔχειν) zu sein; was gehabt wird, ist eigen. Grimm, W. B. III. col. 91, 92.

[197]) So z. B. Meister (s. oben S. 93).

kannt, könnte ich nicht erwerben, und mein Haben wäre nicht geschützt, könnte man mir das Erworbene wieder nehmen. —

Ich sagte oben: wenn es anginge, Vertrag und Rechtsübertragung gleichzustellen; — das geht aber eben nicht an. Alle diese Theorien scheitern an der Unmöglichkeit, eine den nüchternen Verstand befriedigende Antwort auf die Frage zu geben: was denn eigentlich durch das Versprechen, bez. den obligatorischen Vertrag veräußert, was übertragen werde? Alle Antworten, die bisher hierauf gegeben wurden, sind entweder ausweichend, nebelhaft oder absurd. Die scheinbar verständigen beruhen auf der Unkenntniß des wesentlichen Unterschiedes zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Anspruch. Die einzige juristisch denkbare Antwort wäre: „eine Forderung". Damit aber kämen wir zu einer Künstelei, noch zehnmal schlimmer, als die von der Wissenschaft überwundene Unterscheidung von ususfructus causalis (coniunctus) und usfr. formalis (separatus). Die Verkehrtheit der Veräußerungstheorien erhellt für den Juristen am besten daraus, daß ihnen zufolge ‚sich-obligiren' und ‚eine Forderung cediren' im wesentlichen dasselbe ist; m. a. W.: die Schuldner-Rolle auf sich nehmen und sich der Gläubiger-Rolle begeben, soll begrifflich dasselbe sein!

Wenn etwas „übertragen" werden soll, muß es doch vorher schon da sein. Was aber vorher schon da ist (z. B. das Eigentum einer Sache) wird dem Promissar durch den obligatorischen Vertrag nicht verschafft; und was ihm wirklich verschafft wird, ein Forderungsrecht, das war bisher nicht vorhanden, das wird durch den Vertrag erst geschaffen. —

So mannigfach nun die Veräußerungs-Theorien sind, so bilden sie alle wieder nur eine engere Gruppe innerhalb der Willens-Theorien. Dies versteht sich nach Obigem von selbst. Zum Ueberfluß sei noch beispielsweise auf die Aeußerungen von Mendelssohn, Krug (s. oben) und namentlich von Kant (Metaphys. Anfangsgr. S. 100) verwiesen, der den Vertrag ausdrücklich auf den Willen „als ein gesetzgebendes Vernunft-Vermögen" zurückführt.

Diesen Theorien vom translativen Willen stehen gegenüber die vom constitutiven Willen wieder mit zwei Unterabteilungen: I) Der Versprechende legt sich durch den Willen eine Verpflichtung auf, das Recht des Anderen ist secundär. Diese Vorstellung aber ver-

fließt einerseits mit jener von der Selbstveräußerung der Freiheit, andererseits mündet sie, tiefer durchdacht in die unten zu besprechende Vertrauenstheorie. II) Die unter den Rechtsgelehrten unserer Zeit herrschende Vorstellung ist diese: durch den obligatorischen Vertrag wird ein persönlicher Anspruch, folglich auch eine Verbindlichkeit begründet. Für die positive Rechtswissenschaft, nicht aber für das philosophische Bedürfniß genügt folgende Auskunft hierüber: An gewisse Tatsachen, unter denen obenan der Vertrag steht, knüpft das objective Recht eine obligatio als Wirkung. Die sich hiebei nicht beruhigen, denken an eine Schöpferkraft des Versprecher-Willens oder an eine Zeugung im Momente des Consenses (eine ungemein verbreitete, wenn auch selten ausgesprochene Vorstellung) oder an ein Analogon zur Gesetzgebung (sog. Autonomie).

Nun ist so viel unzweifelhaft, daß der Wille und namentlich der Schuldner-Wille, ein höchst wichtiger Factor für die Vertrags-Entstehung ist; wenn man aber Alles nur auf ihn gründen will, gerät man in Widersprüche. Denn in der Natur des Willens liegt es, daß er heute so ist und morgen anders sein kann. Und wenn Jemand verspricht, nicht weil er den Anderen berechtigen, sondern weil er betrügen will, was dann? Entweder hält man sich an den Willen, dann ist er nicht Schuldner und man hat sich ad absurdum geführt; oder man hält ihn an seinem Worte fest, dann ist es in diesem Falle nicht der Wille, sondern die Erklärung, die den Anderen berechtigt; dann aber muß man consequent die reine Willens-Theorie aufgeben und zur Vertrauens-Theorie übergehen. Den ersteren Weg schlug Fichte, den letzteren J. Chr. Hoffbauer ein.

In seinem Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publicums üb. d. franz. Revolution[196]) erklärte Fichte: Da nicht die Erklärung, sondern der Wille Rechte erzeuge, könne ein lügenhaftes Versprechen Niemanden berechtigen; ein Recht auf Wahrhaftigkeit gebe es nicht. Selbst nach geschehener Vorleistung sei man zur Gegenleistung nicht

---

[196]) 1793 anonym erschienen. Eine neue Ausgabe erschien 1844 in Zürich. Die betreffenden Stellen finden sich in der alten Ausg. S. 118 fg. 204, in der neuen S. 84 fg., 143, 144.

verpflichtet, nur könne beim Ausbleiben dieser der Erstere Rückerstattung seiner Leistung in natura oder dem Werte nach verlangen. Es sei ein unveräußerliches Recht des Menschen, auch einseitig, sobald er will, jeden seiner Verträge aufzuheben.

In dieser Ansicht konnte ein geistvoller und edler Mann, wie Fichte, nicht lange Befriedigung finden, und so betrat er den einzigen ihm noch offenen Weg und bekannte sich zur Vertrauens-Theorie. Im System der Sittenlehre (1798) S. 383 lehrte er: „In Absicht dessen, worauf zu rechnen ich einen Anderen veranlaßt habe, bin ich nicht mehr bloß von mir, sondern von dem Anderen mit abhängig; ... ich kann mein Wort nicht zurückziehen, ohne diejenigen seiner Handlungen, die er in Hoffnung auf mein Versprechen getan hat, zu vereiteln." —



Hoffbauer[199]) gegen Fichte polemisirend, sagt: „Weder der Wille des Versprechenden, noch der des Annehmenden allein, noch auch die Einhelligkeit beider Willen erzeugt die Verbindlichkeit, sondern die zureichende Willens-Erklärung Beider. Jeder von Beiden muß, wenn der Andere seinen Willen zureichend erklärt,[200]) diesen Willen als vorhanden voraussetzen". (S. 180.) Consequent hätte sich H. zur Vertrauens-Theorie bekennen müssen. Gleichwohl will auch er die Verbindlichkeit des Vertrages „aus den Grundsätzen von der Uebertragung der Rechte erklären." (S. 163 fg.) Seine Ausführungen gipfeln aber in dem Satze: „Wenn mir Jemand erklärt, gegen mich verpflichtet sein zu wollen, so kann ich ihn behandeln, als ob er gegen mich verpflichtet wäre, ohne ihn als ein willkürliches (?) Mittel meiner Zwecke zu behandeln." Diese wunderliche Argumentation könnte aber höchstens dartun, daß der Promissar kein Unrecht tue, wenn er den Promittenten zur Leistung verhalte; nicht aber: daß Letzterer eine Pflicht zur Leistung habe.

---

[199]) Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts (Halle 1795) Nr. XVIII. S. 163—187).

[200]) Richtiger: etwas als seinen Willen erklären.

§. 15.

Die Vertrauens-Theorien.

Diese sind wieder von dreierlei Art: a) die Lehren von der fides als einem Bedürfniß der menschlichen Gesellschaft (hierüber s. §. 12); b) die Lehre von der ethischen Pflicht zur Treue (davon im §. 13); c) die specifisch civilistischen Vertrauens-Theorien, von denen hier die Rede sein soll. So verschieden diese formulirt sind, so ist doch allen gemeinschaftlich das positive Merkmal, daß sie auf das Vertrauen als eine nicht bloß sittlich, sondern auch wirthschaftlich und darum rechtlich wichtige Tatsache den Vertrag gründen; und das negative Merkmal, daß sie gegen die bloß ethischen, sowie gegen die Willenstheorien sich ablehnend verhalten.

Der classische Vertreter dieser Richtung ist Ferguson[201]) (1724—1816), der seine Lehre so klar und präcis vorträgt, daß jede Aenderung Verschlechterung wäre. Dies seine Hauptsätze: The source of conventional obligation is the right of one party to exact a performance, upon which another has made him rely (p. 154). Die Bedeutung der Annahme wird so beleuchtet: Although one party has promised, if the other has not accepted, the last cannot pretend to have an expectation raised. Und nicht allein Worte verpflichten. An action of any kind, performed with a view to raise expectation, or by which it is known that expectations are naturally raised, is sufficient to constitute a contract (p. 155).

Ihm hat sich unter den Deutschen am engsten angeschlossen Chr. Garve[202]) unter ausdrücklicher Berufung auf den Vorgänger. Das Ver-

---

[201]) Institutes of moral philosophy (new edit. Basil. 1800).

[202]) Philosoph. Anmkgn. und Abhdlgn. zu Cicero's Büchern von den Pflichten (2. Aufl. 1781) S. 94—98; s. vornehmlich auch die lange Note ebd.

sprechen erzeuge im Gemüte des Promissars *Vertrauen*. Dieser verlasse sich darauf, richte seine Maßnahmen darnach ein. Wer eine absichtlich geweckte *Erwartung* hernach täuscht, werde ebenso angesehen, als wenn er ein Eigentum entwendet hätte. Um sich von der Ernstlichkeit des Versprechens zu vergewissern, erkläre der Promissar, daß er sich darauf verlasse. Dies sei die Bedeutung der Annahme. Dann ergeht sich G. in Betrachtungen über die Unentbehrlichkeit der Vertragstreue für das Zusammenleben, womit er sich auf den Boden der in §. 12 besprochenen Theorien begiebt.[203])

Unabhängig von Ferguson hatte schon J. G. H. *Feder*[204]) eine combinirte Theorie vorgetragen, die der Garve's sehr ähnlich ist. Jemanden um die Früchte seiner gerechten Handlungen bringen, heiße ihm das Seinige nehmen. Verträge muß man halten, weil man einen Anderen nicht vergeblich bemühen, ihn nicht darin täuschen soll, was er mit Recht von uns erwarten durfte. Der Contractbrüchige füge dem Anderen oft ökonomischen Schaden, immer eine Kränkung zu. Freilich habe Jeder das Recht, seinen Willen zu ändern, aber dieses Recht hört auf, „wo diese Veränderung eine Ungerechtigkeit gegen Andere werden würde; wie überhaupt *das Recht mit seinen Kräften zu wirken nicht ein Angriff auf das Eigentum und die Wolfahrt Anderer werden darf.*" Die Gültigkeit der Verträge ist notwendig zum gemeinen Besten u. s. w.

Die hier im Drucke hervorgehobenen Worte bezeichnen den Uebergang zur folgenden Gruppe.

---

[203]) Gegen Ferguson und Garve polemisirt *Hoffbauer* S. 181 fg. mit unsäglich schwachen Gründen.

[204]) Lehrb. d. prakt. Philos., II. Bd.: das Recht der Natur (3. Aufl. 1773) §. 18 (S. 36 fg.), dann Untersuchungen über den menschlichen Willen, III. Tl. (1786) im §. 51 (S. 322—332).

§. 16.

Die Läsions-Theorien.

Diese, den vorigen so verwandt, daß sie auf den ersten Blick mit ihnen verwechselt werden könnten, haben ihre Vertreter zumeist im Kreise derjenigen, die neben der Philosophie auch das Civilrecht zum Gegenstande ernstlicher Beschäftigung gemacht haben.

Der Grundgedanke der Vertrauens-Theorie ist dieser: Weil es ein praeceptum iuris est, neminem laedere, und weil der Vertrag den Anderen bestimmt, sich auf ihn zu verlassen, hat man die Pflicht, ihn zu erfüllen. Das Princip der Läsions-Theorie ist: wenn man durch den Vertragsbruch Schaden angerichtet hat, ist man verpflichtet, ihn zu ersetzen. Dort also die Pflicht, den Vertrag nicht zu brechen, hier die Pflicht, für die Folgen des Vertragsbruchs aufzukommen. Daß gleichwol viele Anhänger der Läsions-Theorie auch die erstere Pflicht statuiren, ist eine Inconsequenz, die Niemanden wundern wird, der das Bedürfniß kennt, die Ergebnisse der Speculation mit den Anforderungen des praktischen Verstandes in Einklang zu bringen. Dadurch wird es unmöglich, die vorige und diese Gruppe überall streng zu scheiden. Dieser letzteren eigentümlich ist ferner die Betonung der realen Momente bei der Begründung der Obligationen, was zum Teil im Wesen der Läsionslehre, zum anderen Teile aber in der romanistischen Bildung ihrer Vertreter seine Erklärung findet. Denn in der Tat ist es keine Consequenz, wenn man den Vertrag als solchen für unverbindlich erklärt, für verbindlich aber, sobald eine res verstärkend hinzutritt; vielmehr wäre diese consequent nur als ein factisches Moment bei Beurteilung des an? und quantum? des Schadensersatzes in Betracht zu ziehen; oder es hätte auch condictio und das „damnum decidere oportere“ unter Umständen combinirt werden können. Logisch richtig wäre es, diejenigen Meinungen, die das „re obligamur“ zum Grunde legen, von der Läsions-Theorie abzuscheiden. Aber dies ist nicht wol ausführbar, weil beide Meinungen regelmäßig verbunden

auftreten. Hier ist also eine gewisse Latitüde in der Gruppirung unvermeidlich.

Eine ganz eigentümliche Stellung nimmt Grotius ein. Zwar geht er von der Betrachtung der Realobligation aus (Lib. II. cap. X), ohne aber davon Gebrauch zu machen in der unvermittelt darauffolgenden Vertragslehre (L. II. c. XI), wo er vielmehr gegen Connanus (s. unten) polemisirend, die Veräußerungs-Lehre (s. oben) aufstellt, zu deren Stützung er dann noch die fides anruft. Also ein entschiedener Gegner der Läsionslehre kommt er doch für die Real-Obligationen-Theorie in Betracht.

Es ist nämlich ein sinniger Einfall, daß Gr. mit der Betrachtung des dinglichen Restitutions-Anspruchs (der wie jede actio eine gewisse Verwandtschaft mit der obligatio hat) vom Sachenrecht zum Obligationenrecht übergeht. Nur ist es unrichtig, wenn er hier geradezu von einer „obligatio, quae ex dominio oritur“ spricht (in der Ueberschrift) und sie als eine „obligatio ex re“ bezeichnet (l. c. I. 3.). Dieser „obl. rebus extantibus“ setzt er dann eine auf wirtschaftliche Ausgleichung gerichtete „obl. rebus non extantibus“ entgegen, unter welchen Gesichtspunkt namentlich auch die a. de in rem verso, die Condictionen sine causa, die Verpflichtung des pupillus locupletior factus gestellt werden. Dagegen wird die Hierherstellung der neg. gestio ausdrücklich abgewiesen, da diese nur positiv-rechtlich, nicht auch naturrechtlich sich begründen lasse.

Einer der entschiedensten und bedeutendsten Vertreter der Läsionslehre war Franc. Connanus (1508—1551).[205] Er lehrte, die Vertrags-Obligationen seien inventae a iure gentium, non a natura, welche die poenitentia gestatte. „Cum venderem putavi sic mihi opus esse: cognito errore, mutavi consilium: quod meum peccatum est, si te nullam in fraudem induxit haec venditio mea? . . . Honestum . . . stare conventis, sed non protinus necessarium. Natura

---

[205]) Commentarii iuris civilis Paris. 1553 und Neapel 1724. Letztere Ausg. ist hier benützt. Gegen C. außer Grotius auch Pufendorf de iure nat. lib. III. cap. IV. §§. 9—11, mit schwachen Gründen und manchen Mißverständnissen.

magnam partem iussorum et vetitorum suorum honestate magis quam necessitate dirigit ...; multa relinquit pudori, verecundiae multa.[206]) Dann: „Damnum, quod quis meo facto passus est, lex naturae iubet ut suggeram.“ [207]) Und zu l. 84 §. 1 de R. J. bemerkt er: „Tum vere dicimur fidem secuti alicuius, cum ab eo persuasi tantam fidem eius promissis habuimus, ut perniciosum id vobis futurum sit, nisi ea faciat.“ [208]) Wenn ich also im Vertrauen auf das Versprechen eines Zweiten Schaden leiden würde, so schuldet dieser (natura debet) „non quod promisit, sed quod mea interest.“ Denn „natura iubet neminem ut laedamus.“ [209]) Verträge sollten nicht schon an sich, abgesehen von einer causa, verbindlich sein. Das römische R. verordne mit gutem Grunde: ea pacta, quae non habent συνάλλαγμα non inducere obligationem. Re integra könne man (nach dem ius naturae) vom Vertrage zurücktreten; re non integra sei man schuldig zu leisten, aber non quod promissum est, sed quod interest. Die bindende Kraft formeller Versprechen habe nur in der positiven Sanction ihren Grund.[210])

In ähnlichem Sinne schrieb Leibnitz zweimal an H. E. Kestner[211]) vom rechtspolitischen sowohl, als vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus das allgemeine Postulat „pacta sunt servanda“ bekämpfend. Aus der Natur des Willens lasse sich die bindende Kraft des angenommenen Versprechens nicht ableiten. „Sane nulla ratio efficit, ut omne pactum nudum praecise adimplendum sit, cum scilicet nulla subest causa debendi, nullus fons obligationis in rebus ipsis.“ Es sei gar nicht wünschenswert, daß in wichtigen[212]) Angelegenheiten

---

[206]) Lib I. c. 6 §. 13 (vol. I, p. 22, col. 2).

[207]) Ebd. p. 23 col. 1.

[208]) Lib. V. cap. 1 §. 6 (vol. I, p. 322, col. 1).

[209]) Loc. cit.

[210]) Vgl. des Näheren die Erörterungen in Lib. V. cap. 1 §§. 3—8, die oft überraschend mit denen bei Schmauß, Schmalz und auch denen im §. 9 hier übereinstimmen, ohne daß deshalb zu argwohnen wäre: die Späteren hätten den Connanus geplündert.

[211]) In der Gesammt-Ausg. tomi IV. pars III. p. 255 und 267 sq. (in den epistolae ad diversos, ed. Kortholt, Leipzig 1738, III. p. 235 cf. p. 237).

[212]) Wo ist die Gränze? —

nuda pacta zugelassen würden. Die Römer hätten das besser verstanden, als die Naturrechtslehrer. Wegen eines nudum pactum könnte der Gefoppte nur eine a. iniuriarum, und wenn er einen Schaden nachweisen kann, Ersatz verlangen.[213])

Auch Joh. Jac. Schmauß,[214]) ein Anhänger des gröbsten Eudämonismus (erstes Menschenrecht: utilitatem propriam sectari!) verdient als Vertreter der Läsions-Theorie Erwähnung. Nicht mit Unrecht warf er den Zeitgenossen vor, daß sie ihr Dogma „der Consens verbinde" nie ernstlich geprüft hätten (§§. 2, 3). Woher komme dem Consense die vis obligandi? In der Natur des Willens liege nicht die constantia, auch gebe es keine Pflicht zu ihr (p. 103). Bei veränderten Verhältnissen oder geänderter Einsicht könne Jeder vom Vertrage abgehen (§§. 3, 4); nur die Furcht vor größerem Uebel, als die Erfüllung sei, (nämlich Rache des Anderen, Verlust des Credits) werde ihn davon abhalten (§. 5).

Dies gelte von unentgeltl. V. stets, von entgeltlichen nur re adhuc integra. Wenn aber Einer schon geleistet hat, dann entstehe allerdings nach dem Grundsatze der allgemeinen Gleichheit und dem praeceptum de non laedendo altero eine Verbindlichkeit für den Empfänger. Dieser sei verpflichtet, nicht gerade den V. zu erfüllen, wol aber im Falle der Nichterfüllung zum Schadenersatz. (§§. 6, 7.)

Auch Madihn (Naturrecht 1789 fg. §. 108.) lehrte, daß der Vertrag kein vollständiges Recht bewirkt, solange nicht die Leistung erfolgt ist.[215])

Der eigenen Ansicht des Verf. kommt vielfach nahe die von Th. Schmalz (Handb. der Rechtsphil. 1807). Nicht der Wille, nicht die Erklärung, nicht der Consens verbinde; aus dem Vertrag entspringe re integra keine obligatio. Wenn aber der Promissar im Vertrauen

[213]) „Non quantum promissum est, sed quantum sufficit, ut haud impune illusus videatur." (p. 268, cf. 255).

[214]) Dissertationes Iuris Naturalis (Göttg. 1740). Diss. VI. p. 99—108, womit zu vgl. desselben Verfassers Neues Systema des Rechts der Natur (1754). S. 513 fg., 518 fg.

[215]) Nur dies entnehme ich aus einer Notiz bei Meister, S. 224. Wie dies näher gemeint sei, ist mir unbekannt, weil Madihn's Buch unerreichbar.

auf das gegebene Wort Anstalten getroffen oder unterlassen hat, so ist der Versprechende zur Erfüllung seines Versprechens verbunden (S. 164, 165). Wort und Wortbruch haben nicht als solche, sondern durch ihre Einwirkung auf die Vermögensgebarung des Promissars Bedeutung. Daß dies auch dem Rechtsgefühl des Laien entspreche, sucht Schmalz an folgendem Beispiel zu zeigen (S. 166). Zwei Leute haben soeben einen Mietvertrag geschlossen; da erhält der Mieter plötzlich eine Nachricht, die ihn zum Rücktritt vom Vertrage bestimmt. Wird dieser sofort erklärt, so wird der Vermieter nichts einwenden, „wenn nicht ein Advocat ihm an die Hand giebt, der Contract sei schon bindend gewesen“ (S. 167). Käme hingegen der Mieter einen halben Tag später, so wird ihm der Vermieter in der Regel vorlügen, er habe die Zimmer soeben an Jemand Anderen vermieten können. Woher diese Lüge anders, als weil er ahnt, der Vertrag binde nicht, sondern es müsse noch etwas hinzukommen, ihn kräftig zu machen: Leistung oder getroffene oder unterlassene Anstalten?

Zu rühmen ist an dieser Theorie die Würdigung des realen Momentes in der Vertragsverbindlichkeit;[216]) daß Sch. die ethischen Pflichten zur Wahrhaftigkeit (S. 157) und Treue (S. 156) anerkennt, aber damit nicht die rechtsphilosoph. Frage für abgetan hält; endlich, daß er die unklaren Phrasen der Veräußerungs-Theorien abweist. Insoweit verdient er das Lob Fichte's, der ihn (in der Schrift üb. d. französ. Revolution) den scharfsinnigsten Rechtsphilosophen seiner Zeit nennt. Aber ganz consequent ist Sch. doch nicht. Denn vom bloßen Läsionsstandpunkt, ohne Zuhülfenahme der fides[217]) läßt sich eine rechtliche Pflicht zur Vertragserfüllung gar nicht construiren, sondern nur eine Pflicht zum Ersatz des sog. negativen Vertrags-Interesse. Diese Inconsequenz erklärt sich daraus, daß Schmalz als Jurist nicht verkennen konnte, wie schlecht dem Verkehre mit einem Systeme von lauter Schädensklagen gedient wäre.

Da zu dieser wirklichen Anfechtbarkeit obiger Theorie der Umstand hinzukommt, daß die Negation des Gemeinplatzes „pacta sunt

---

[216]) Es ist beachtenswert, daß Schmalz zuerst (S. 135 fg.) von den Delicts-, dann (S. 153 fg.) von den Vertrags-Obl. handelt.

[217]) Vgl. auch Girtanner, Stipulation, S. 457. N. 350.

servanda" das sittliche Gefühl zu verletzen scheint, und daß der Urheber dieser bedenklichen Lehre später den Anspruch auf öffentliche Achtung verwirkte, — so ist nicht zu wundern, daß diese Theorie öfter getadelt als in ihrem tieferen Grund erfaßt worden ist. In der von so Vielen gegen Schmalz geführten Polemik[218]) werden viel mehr Blößen der Angreifer, als des Angegriffenen enthüllt. Darauf hier eingehen, hieße die Vorurteile der verschiedenen Schulen wiederholen. Deshalb seien hier nur drei, um ihrer Urheber willen beachtenswerte und durch ihren Inhalt anregende Kritiken kritisirt.

Rotteck (Lehrb. d. natürl. Priv. R. I. S. 190, 191): Bei zweiseitigen V. könnte man sich die Lehre von Sch. noch gefallen lassen, weil die Leistung des Einen Bedingung der Verbindlichkeit des Anderen sei (Verwechslung von conditio und causa), aber nicht bei einseitigen. Diese müßten auch ohne Handlung des Promissars gelten, und diese müßte andererseits ganz irrelevant sein; denn: a) sie könnte auch auf eine bloße Erzählung hin vorgenommen sein; b) „mein Recht gegen den Anderen kann nicht von meiner willkürlichen (?) Tat, sondern muß von der Tat (Willenserklärung) eben dieses Anderen herkommen." Gegen a) ist zu bemerken: Wer auf eine bloße Erzählung hin ökonomische Maßnahmen trifft, hat wegen des daraus erwachsenden Schadens sich selbst anzuklagen; wer solches tut und erleidet auf das ihm ernstlich gegebene und von ihm acceptirte Versprechen eines Zweiten hin, darf diesen anklagen. Auf b) ist zu erwiedern: dies ist ein Vorurteil, das schon durch die Betrachtung der negotiorum gestio im Obl. R. und der specificatio im Sachenrecht widerlegt wird.

Krug (a. a. O.) und Röder (S. 387, 388) wenden ein: Jene Theorie enthalte einen Widerspruch. Wenn der Vertrag nicht bindend sei, könne man aus ihm auch nicht einen Schadensersatz ableiten; denn dann hat Niemand das Recht zu vertrauen.

Sehr scheinbar und doch ganz falsch! Giebt es denn keine anderen obligationes, als die aus der „dictorum conventorumque constantia et veritas" entspringenden? Man denke an die culpa Aquilia! „Ja," — könnte man einwenden — „das sind schon ihrer Natur nach unrechte Handlungen." Aber auch Schmalz sagt ja: es sei unsittlich,

---

[218]) Unter den Aelteren s. z. B. Hoffbauer S. 167 fg.

sein Wort zu brechen; deshalb aber noch kein civilrechtliches Unrecht. Nun könnte man weiter fragen, wie dann plötzlich durch Hinzutreten einer äußeren Tatsache zu der moralischen Verantwortlichkeit eine civilrechtliche hinzukommen könne? Doch auch darauf ist leicht zu antworten. Wenn Jemand in der Nähe einer fremden Scheune ein Feuerwerk abbrennt, so ist das eine leichtfertige, in moralischer Beziehung nicht löbliche (etwa auch polizeilich verbotene) Handlung, aber eine civilrechtliche Verantwortung zieht sie nicht nach sich, außer wenn ein schlimmer Zufall will, daß die Scheune Feuer fängt. Zehnmal hat der Mann vielleicht das Gleiche getan, und alles ging gut ab; das eilfte Mal entsteht daraus ein Schaden, und er muß Ersatz zahlen. Endlich könnte eingeworfen werden: zwischen der Handlung des Schuldners und dem Schaden steht hier vermittelnd ein Zufall, beim Vertrage die freie Handlung des Beschädigten. Er sollte nicht trauen, wenn Verträge nicht obligiren, hat man kein Recht sich auf sie zu verlassen. Allein: daß man nur in (gültigen) Vertragsverhältnissen vertrauen dürfe, ist abermals ein Vorurteil; sonst könnte der Betrug außerhalb Vertragsverhältnissen nicht gestraft, am wenigsten auf ihn ein Schadensersatz-Anspruch gegründet werden. Und doch wird jeder Jurist mit dem folgenden Satz einverstanden sein: Wer mich durch betrügerische Vorspiegelungen verleitet, mit einem Dritten einen Vertrag zu schließen, steht zu mir in keinem Vertragsverhältniß, und ist mir gegenüber doch verantwortlich. Daß namentlich die Römer anders über das Verhältniß von fides und gültigem Vertrag dachten, zeigt handgreiflich die a. doli, die gerade nur dann gegeben wurde, wenn eine Vertragsklage nicht statthaft war.

Röder führt weiter noch an: Wäre der Vertrag als solcher nicht bindend, so könnte auch die Vorleistung nicht zu Recht bestehen. Offenbar ist Röder in dem Irrtum befangen, als ob die Eigentums-Uebertragung ihre Kraft aus dem obligatorischen Vertrag empfienge. Aber jeder Jurist weiß, daß Sachenrecht und Obligationenrecht getrennte Wege gehen und die iusta causa traditionis nicht gerade eine gültige Obligation zu sein braucht.[219]) —

[219]) Sie braucht nämlich gar nicht in einem obligatorischen Verhältniß zu bestehen, geschweige denn in einem gültigen.

An Schmalz hat sich angeschlossen **Warnkönig**.[220]) Er hebt an mit der Betrachtung der auf restituere gerichteten Verträge, untersucht dann die Innominatcontracte und sagt, bei den Consensual-Verträgen anlangend, daß diese eig. eine obligatio direct nicht erzeugen, sondern solche erst aus dem durch den Wortbruch angerichteten Schaden entspringe. Da es aber besser sei: laesionem omnino non fieri quam factam reparari, so rät die aequitas, und da man einer Menge Beweisschwierigkeiten damit entgeht, so rät auch die utilitas auf die positive Sanction des Satzes ein: non licere fidem fallere et pacta esse servanda, jedoch innerhalb verschiedener Beschränkungen, wie sie in den meisten Gesetzgebungen sich finden. So ruhe das Vertragsrecht auf zwei Fundamenten: 1) der „damni illati reparandi necessitas", 2) der „ratio utilitatis, quae pactis conventis standum esse praecipit."

Fdr. **Liebe**[221]) spricht sich lebhaft gegen alle Willenstheorien aus. Der Vertrag als angenommenes Versprechen biete kein Moment dar, aus dem sich seine Gültigkeit im allgemeinen nachweisen ließe (S. 74). Das Versprechen an sich unterscheide sich nicht von einem gleichgültigen Gespräch, enthalte nichts, woraus seine rechtlich bindende Kraft herzuleiten wäre (S. 76). Das Meiste, was für diese angeführt worden sei, bestehe in leeren Phrasen und reinen Voraussetzungen des Gefragten (S. 74). Das bindende Moment liege also außerhalb des Versprechens in einer äußeren Folge desselben (77. 78). Gleich Leibnitz legt er alles Gewicht auf die causa, auf das *συνάλλαγμα*. Die äußere Folge des Vertrages, welche durch eine Leistung auszugleichen sei, damit kein Unrecht geschehe, bestünde bei vielen Verträgen in einer Leistung des einen Teils. Oft aber müsse das Geschäft schon mit dem Versprechen der Gegenleistung bindend werden, weil der Andere im Vertrauen darauf Dispositionen trifft oder unterläßt (S. 78).

---

[220]) Doctrina iuris philosophica aphorismis distincta (1830).

[221]) Die Stipulation und das einfache Versprechen. (Braunschweig 1840).

§. 17.

Schluß.

Der Zweck der §§. 12—16 ist, dem Leser alle irgend beachtenswerten Meinungen über den Grund des Vertragsschutzes vorzuführen. Deshalb wurde nicht historisch, nach Zeiträumen, vorgegangen, auch nicht überall die Ansicht eines Schriftstellers an einem Orte zusammenhängend vorgeführt; wenn einer nämlich eklektisch verfährt, ist er auch an verschiedenen Orten genannt. Nicht Schriftsteller, sondern Gedanken, Theorien sind es, die im Vorstehenden geordnet, gruppirt wurden.

Hier ist schließlich zu erwähnen, daß derjenige Rechtsphilosoph, der bei unseren, der Philosophie großenteils abholden, Rechtsgelehrten noch die meiste Achtung genießt, Trendelenburg, darum bisher nicht genannt wurde, weil er fast alle Theorien zu amalgamiren sucht. Daß er dabei nicht äußerlich verfährt, versteht sich bei einem so geistvollen Autor von selbst. Aber auch der geschickteste Eklekticismus leidet an dem Mangel eines klaren großen Grundgedankens. Wenn man das auf S. 186 (Naturrecht, §. 104 [222]) Gesagte analysirt, so stecken darin folgende Gedanken: 1) der Inhalt der Willenseinigung als dauernde Norm für die Contrahenten (s. Kant u. A.), 2) der Vertrag eine Gliederung des Ganzen (Krause), weil 3) zum Zusammenleben notwendig, welches 4) dargestellt wird im Lichte ethischer Notwendigkeit (wie bei den Krausianern). Dann wird 5) auf die Consequenz des Wollens (constantia voluntatis) und 6) auf die fides hingewiesen; endlich 7) klingt auch die Läsions-Theorie, aber nur leise, an (S. 186 Z. 18—20).

Einfacher verfährt Schilling a. a. O., indem er sich 1) auf die Treue, 2) auf die Notwendigkeit bindender Verträge für den Verkehr beruft.

---

[222]) Ich setze das Citat nicht her, weil es über eine Seite füllen würde und das Buch jedem Leser leicht zugänglich ist.

Und hiemit scheinen wir bei des Verf. eigener Theorie angelangt (s. oben §. 9). Aber während Schilling beide Gedanken coordinirt, so zu sagen addirt, suche ich in der fides den Grund, im Verkehrsbedürfniß das Maß des Vertragsrechtes (genauer gesprochen: des Rechtes der obligatorischen Verträge). Dieser (und der Girtanner'schen) Auffassung eigentümlich ist weiter die Hervorhebung der realen Seite der fides neben der ethischen; und dies der Berührungspunkt mit der Läsionslehre. Endlich der unscheinbarste und doch für jetzt fast wichtigste Punkt. Unzählige haben die Natur des Versprechens untersucht, Wenige die der Annahme. Niemand bezweifelte ihre Notwendigkeit,[223]) und deshalb unterließ man es, sich dieselbe wissenschaftlich zum Bewußtsein zu bringen. Siegel's Buch erschütterte diese Tradition. Und nun scheint Mancher — wie man beobachten kann — nicht abgeneigt, sich das Oblig.-R. in neuer, bequemer, aber sehr bedenklicher Weise zurecht zu legen. Es handelte sich mir nun darum, einen Gesichtspunkt zu finden, aus welchem man zu erkennen vermag, sowol warum der Vertrag binde (zur Begründung einer Obl. genüge), als auch: warum der halbe Vertrag nicht genüge, m. a. W.: wozu die Annahme erfordert werde. Dies nun scheint erreicht mit dem Gedanken des absichtlich hervorgerufenen Vertrauens des Promissars und der demselben correspondirenden Treuepflicht des Promittenten. Ja, es ist damit noch ein Mehreres erreicht, indem derselbe Gedanke nicht nur die Regel erklärt, sondern auch deren Ausnahmen, von denen eben Siegel's Buch handelt. Jedenfalls aber dürfte der Zweifel, ob zwischen dem nicht-angenommenen und dem angenommenen Versprechen rücksichtlich der verbindenden Kraft irgend ein erheblicher, in der Natur der Sache begründeter Unterschied bestehe, im Keime erstickt, und die bei Einigen ins Schwanken geratene Anerkennung des Vertrages als des normalen Entstehungsgrundes von Obligationen wieder befestigt sein. —

Und dazu vor allem wurde diese Schrift geschrieben.

[223]) So setzt z. B. Schilling (S. 180) das Requisit der Annahme stillschweigend voraus; soweit ist er davon entfernt, nach dessen Grund zu fragen.

Beilage (zu N. 103).

Ueber das Wort „Schuld".

Aus dem in §. 8 (pr.) Gesagten erhellt, von welchem Interesse es wäre, die Urbedeutung dieses Wortes aufzudecken. Zu der objectiven Schwierigkeit aber kommt hinzu, daß den Sprachgelehrten in der Regel der tiefere Sinn der Frage verborgen bleibt, den Juristen und Rechtsphilosophen dagegen die Mittel der Beantwortung fehlen. Durch die nachfolgenden Bemerkungen soll die Frage nicht entschieden, sondern angeregt und als offene an die Wenigen gerichtet werden, die Sprach- und Sachverständige zugleich sind.

Drei Möglichkeiten sind m. E. in Erwägung zu ziehen. 1) Die Urbedeutung kann sein: das Verschulden im subj. S. (culpa im weit. S.), wo dann Schuld als passive Seite der obligatio die secundäre Bedeutung wäre; der Effect wäre nach dem efficiens benannt. 2) Es könnte sich aber auch umgekehrt verhalten: das Verpflichtetsein könnte von Anbeginn an „Schuld" heißen, und das Delict darum so genannt sein, weil es verpflichtet. Dann sind wieder zwei Deutungen möglich: a) es könnte in dem Worte die Hinweisung auf die Gebundenheit, das Müssen des Schuldners gesucht werden; oder aber b) die Andeutung der noch ausständigen, von der Zukunft erwarteten Leistung. Culpa, Gebundenheit, Zukunft sind die Schlagworte, mit denen man diese drei Möglichkeiten bezeichnen kann.

I. Die mittlere Deutung scheint den meisten Anklang zu finden und in der Tat lassen sich für sie zwei gewichtige Argumente anführen: die Analogie von **debitum** und die Bedeutung, welche das W. „sollen" (mit welchem „Schuld" unzweifelhaft zusammenhängt: s. z. B. Sanders Wörterbuch d. deutsch. Spr. II. 2. (1865) S. 1019 Anm.) bei uns hat. So nimmt denn auch Sanders an: die erste Bed. sei: Verbindlichkeit („Soll" und „Haben"), die zweite: ein Vergehen in Bezug auf die zu leistende Buße, die dritte: Ursache, daß etwas nicht so ist, wie es sein sollte.

II. Für die letztgenannte, m. W. bisher nie beachtete, Möglichkeit ließe sich anführen a) sprachlich, daß sollen (at skulle etc.) im Englischen und in allen skandinavischen Sprachen das Hülfszeitwort der Zukunft, Skuld im nordischen Mythus die Norne der Zukunft ist; b) sachlich läge darin jene „Spannung", jenes Bekommen-sollen, aber noch nicht haben, das nach der Ansicht der meisten Juristen für die obligatio so charakteristisch sein soll. Ein gleicher Gedankengang bestimmte zwei berühmte Slavisten (Dobrowsky und Jungmann) dluhy, dlugy (aes alienum) mit dlouhý, dolgy (δολιχός, longus) in Zu-

sammenhang zu bringen. Wer Credit in Anspruch nehme, wolle eben nicht sofort leisten. Doch hat sich gegen diese Ableitung Jac. Grimm a. d. in N. 102 a. O. entschieden ausgesprochen. Er selbst bringt jene slavischen W. mit dem ahd. tolk, angelsächs. dolg, dolh Wunde zusammen, woran er die in N. 102 mitgeteilte Bemerkung knüpft. Dies führt uns hinüber zu der

III. Deutung, nach welcher Schuld zunächst eine sündhafte oder rechtswidrige Handlung (bez. Willensstimmung) bedeutet. Benfey (I. 1. S. 218) stellt das goth. sculan (debere) neben culpa, beide von der Wurzel ak ableitend. E. Schulze Goth. W. B. S. 161 führt als Bed. von skula (auch dulgis skula s. hier II. u. vgl. dulgaháitja = δανειστής) an: debitor, reus, poenae obnoxius, und bemerkt: „ursprünglich bedeutet ‚skal': ich habe getödtet oder verwundet und bin zu Wehrgeld verpflichtet." Sachlich spricht hiefür, daß einer m. E. richtigen Betrachtung der Cultur-Entwicklung die Delicts-Obligation sich als der Urtypus der Obligationen darstellt. —

Am wenigsten mutet mich Holmboe's Etymologie an (det norske Sprogs vaesentligste Ordforraad, Wien 1852); er erinnert an das sanskr. kul (verwandt sein) und hindust. kul (Familie). Wenn er meint: die Verbindung der Begriffe sei dieselbe, wie im Spanischen zwischen deuda, adeudo (aes alienum) und deudo (Verwandter), so scheint mir, daß das Verhältniß ein nahezu umgekehrtes ist; denn deudo kann wol nur vom lat. debitus herkommen und dem „necessarius" analog zu erklären sein; während deuda soviel als debitum ist. Doch ist andererseits nicht zu verschweigen, daß im altnord. skuldahjon die Dienstleute im Hause, skuldalid Hausvolk, Familie bedeutet (Erik Jonsson, Oldnordisk Ordbog, Kopenhagen 1863, S. 499).

Berichtigungen.

S. 7 in dem ersten Vers schreibe: dir statt: Dir.
S. 14 letzte Zeile schreibe: seiner statt: einer.
S. 20 vorletzte Z. lies: N. 191 statt N. 174.
S. 21 setze in der Ueberschrift §. 4 (statt §. 5).
S. 25 Text, Z. 6 v. u. lies: exceptionem.
S. 26 Z. 4 v. u. lies: Obligation.
S. 27 Text, Z. 7 v. u. lies: transactionibus.
S. 33 Z. 22 lies: hergebrachten.
S. 38 Z. 21 lies: bei der statt: bei dem.
S. 39 N. 84 lies: Vorträgen statt: Verträgen.
S. 43 Z. 13 lies: des votum statt: das votum.
S. 55 Z. 6 nach: entstehe setze ; (statt ,).
S. 56 Z. 5 lies: consistant statt consistunt.

Inhalt.

Druck von G. J. Manz in Regensburg & Wien.

